

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DES
ASSOCIATIONS COMMERCIALES
EN PARTICIPATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le jeudi 26 novembre 1903, à 3 heures 1/2

PAR

Joseph GIRARD

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1902 1903

Doyen :

M. EDMOND VILLEY (*, I. Q), Correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

Professeurs.

MM. DANJON (I. Q), Assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

EDMOND VILLEY (*, I. Q). Professeur d'*Economie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (méd. mil. A. Q), Professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (*, I. Q, C. de Malte), Professeur de *Droit civil*.
LEBRET (I. Q), (ancien député du Calvados, ancien Ministre de la Justice), Professeur de *Droit civil*.

CABOUAT (I. Q), Professeur de *Droit international public et privé*, et chargé du cours de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A. Q). Professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY (A. Q). Professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR, Professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Eléments de Droit constitutionnel*.

ASTOUL, Professeur de *Droit romain* et chargé du cours de *Pandectes*.

Agrégés :

MM. DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL DU CHAUMEIL, chargé des cours d'*Histoire générale de Droit français*, d'*Histoire du Droit public français* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

ALLIX, chargé des cours d'*Economie politique* (doctorat) et d'*Histoire des doctrines économiques*.

Secrétaire :

M. GILLET (I. Q), Secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DES

ASSOCIATIONS COMMERCIALES

EN PARTICIPATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera soutenu le jeudi 26 novembre 1903, à 3 heures 1/2

PAR

Joseph GIRARD



Président : M. DANJON.

Suffragants : { MM. LEBRET } *professeurs.*
ASTOUL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — Commentaires au Code de commerce et de la Législation commerciale.
- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit civil.
- BEDARRIDE. — Des Sociétés.
- BOISTEL. — Précis de Droit commercial.
- BOUVIER-BANGILLON. — Législation nouvelle sur les Sociétés.
- BRAVARD, VEYRIÈRE et DEMANGEAT. — Précis de Droit commercial. Traité des Sociétés commerciales.
- DALLOZ. — Répertoire alphabétique. V. *Sociétés*.
- DELAMARRE et LEPOITVIN. — Traité théorique et pratique du Droit commercial.
- DELANGLE. — Des Sociétés commerciales.
- DELOISON. — Traité des Sociétés commerciales françaises et étrangères.
- DEMOLOMBE. — Cours de Droit civil.
- DUJARDIN. — Des Sociétés commerciales en Alsace-Lorraine.
- DURANTON. — Cours de Droit français.
- DUVERGIER. — Tome XX. Contrat de Sociétés.
- EMEGIRON. — Traité des Assurances et des Contrats à la grosse.
- FOLLEVILLE (DE). — Etude sur les Associations commerciales en participation.
- FREMERY. — Etude du Droit commercial.
- FOUREIX. — Des Sociétés commerciales.

- FUZIER-HERMAN. — Répertoire général du Droit français.
Gazette des Tribunaux.
- GÉNEVOIS. — Régime des Sociétés.
- GUILLOUARD. — Contrat de Sociétés.
- HOUPIN. — Traité général des Sociétés civiles et commerciales.
Journal des Tribunaux de commerce.
Journal des Sociétés civiles et commerciales.
- LABORI. — Répertoire encyclopédique du Droit français.
- LESCŒUR. — Essai historique sur la Législation des Sociétés en France et à l'étranger.
- LOCRÉ. — Esprit du Code de commerce.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité du Droit commercial.
- MALEPEYRE et JOURDAIN. — Traité des Sociétés commerciales.
- MASSÉ. — Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil.
- MERLIN. — Répertoire de Jurisprudence.
- MOLINIES. — Traité de Droit commercial.
Pandectes Françaises.
- PARDESSUS. — Cours de Droit commercial.
- PERSIL. — Des Sociétés commerciales.
- PONT (Paul). — Commentaire des Sociétés civiles et commerciales.
- POTHIER. — Traité des Sociétés.
- POULLE. — Traité historique et pratique des Associations commerciales en participation.
- RIVIÈRE. — Répétitions écrites sur le Code de commerce.
- ROUSSEAU. — Des Sociétés commerciales françaises et étrangères.
- RUBEN et COUDERC. — Dictionnaire du Droit commercial.
- SAGLIER. — Des Associations commerciales en participation.
- SAVARY. — Le Parfait Négociant.
- THALLER. — Précis de Droit commercial.
- TROPLONG. — Contrat de Société.
- VAVASSEUR. — Traité des Sociétés civiles et commerciales.
- VINCENS. — Législation commerciale.

HISTORIQUE

Il est assez difficile de savoir quelle est l'origine exacte des associations en participation. Les textes qui concernent ce genre d'associations sont plutôt rares et incomplets.

Cependant il paraît certain que les associations en participation ont été connues des Romains et on peut même conjecturer qu'elles ont précédé les autres associations aux formes plus compliquées.

Les Romains, en effet, ne sont pas restés étrangers aux affaires commerciales. Cicéron nous apprend que si le petit commerce était abandonné dédaigneusement aux esclaves et aux affranchis, les grandes entreprises au contraire, étaient en honneur et enrichissaient les plus hautes classes de la société (Cicéron, *de Officiis*, I, 42) (1).

(1) *Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est, si magna et copiosa, multa undique apportans, multisque sine vanitate impartiens, non est admodum vituperanda.*

Ces grandes entreprises exigeaient évidemment une grande quantité de capitaux qui ne pouvait être réunie que par l'association de citoyens riches. Si l'association en participation n'a pas reçu à Rome le développement et la forme que nous lui connaissons aujourd'hui, il est bien certain que nous en trouvons au moins le germe dans les sociétés particulières dont les textes nous ont laissé le souvenir (1). La plupart des sociétés *unius rei* et un grand nombre de sociétés *alicujus negotiationis*, n'étaient pas autre chose que les associations en participation de nos jours. C'est que cette forme d'association est simple et permet à plusieurs personnes de mener à bonne fin, par leur union, une affaire qu'elles ne pourraient tenter avec leurs seules ressources. Elle est discrète et procure des bénéfices que seul le commerce peut réaliser à des personnes qui, par leur situation, ou à cause de leur incompétence, ne pourraient se livrer elles-mêmes à des opérations commerciales. Ces raisons d'être de l'association en Participation sont de tous les temps et de tous les pays, et à défaut de textes on pourrait supposer avec raison que cette forme d'association a existé chez tous les peuples civilisés. D'ailleurs, ces sociétés étant le plus souvent occultes, il est bien naturel que le législateur n'ait point tracé de règles spéciales soit pour leur formation, soit pour la preuve. Les principes

(1). Cf. L. 58, pr. D. pro. soc. XVII, 2. L. 2. C. pro. soc. IV, 37.

généraux relatifs aux contrats pouvaient suffire pour régler les rapports des associés entre eux.

Les sociétés *alicujus negociationis* comprenaient à Rome les sociétés de Publicains qui affermaient les impôts.

Ces sociétés se maintinrent en Italie au Moyen âge et affectèrent nettement la forme d'associations en participation. C'est ici, dit-on(1), qu'il faut voir la véritable origine des associations en participation dont on trouve le germe, comme nous venons de le dire, jusque dans le Droit classique de Rome.

C'est donc au Moyen âge que les associations en participation apparaissent d'une façon incontestable en Italie et dans le Midi de la France. Elles étaient surtout formées pour le commerce maritime ou bien encore pour la perception des impôts. Un commerçant qui voulait écouler des marchandises en pays étranger les confiait à un marin, qui venait les vendre en son nom et partager les bénéfices avec le commerçant dans la proportion fixée par eux. « Les participations étaient
« très fréquentes en Italie, nous dit Troplong (2), elles
« avaient lieu non seulement pour la plupart des spéculations maritimes, mais surtout pour la ferme des
« revenus publics. Un particulier se rendait adjudicataire de la ferme, c'était une affaire immense. Pour
« la conduire à bonne fin, il admettait à y prendre

(1) Contrat de Société, t. I, ch. 2, p. 453.

(2) N° 493.

« part de grands et nombreux capitalistes qui restaient
« inconnus du public, mais qui formaient une vaste
« réunion d'intéressés, tantôt appelés commanditaires
« tantôt appelés participants ».

Les participations avaient-elles le même caractère en Italie et en France ?

En Italie, les jurisconsultes examinent les associations en participation sous deux aspects.

Entre participants leur caractère n'est pas bien défini. La jurisprudence a souvent varié sur ce point. Troplong cite des arrêts de la Rote de Gênes rapportés par Straccha qui montrent l'incertitude et les hésitations des jurisconsultes. Ceux-ci considéraient les participants tantôt comme des associés, tantôt comme des simples créanciers et débiteurs entre eux.

Pour les uns, l'association en participation était une véritable société ; pour les autres, elle ne formait pas un contrat d'une nature particulière et ne créait entre les parties que les relations ordinaires de créancier à débiteur.

A l'égard des tiers, tout le monde était unanime à reconnaître que la société en participation ne produisait aucun effet. Elle n'existait pas pour eux. La jurisprudence de la Rote de Gênes s'était aussi fixée en ce sens.

On trouve à cette époque en Italie, un contrat appelé *Accomenda* ou *accomendita*, contrat qui a une grande analogie avec nos sociétés en participation et qui a

paru à plusieurs auteurs l'origine même de ces dernières. L'Accomenda était un contrat réel par lequel plusieurs personnes remettaient à l'une d'entre elles des capitaux en vue d'une opération commerciale et pour partager les bénéfices qui devaient en résulter. Il y avait deux sortes d'Accomenda : l'accomenda propre et régulière dans laquelle tous les associés étaient copropriétaires des mises : ils formaient une véritable société et étaient responsables vis-à-vis des tiers des opérations faites par le gérant. Ce n'est évidemment pas cette espèce de société qui aurait pu être la source de nos associations en participation dans laquelle il n'y a pas nécessairement copropriété des mises et dans lesquelles le gérant est seul responsable vis-à-vis des tiers.

Dans l'accomenda irrégulière toutes les mises étaient la propriété du gérant qui traitait seul avec les tiers et était seul responsable envers eux. Il devait rendre des comptes aux associés une fois les opérations terminées et partager avec eux les bénéfices.

Cette seconde forme de l'accomenda a bien une grande ressemblance avec notre participation. Vis-à-vis des tiers la situation du gérant de l'accomenda et celle de l'associé participant qui fait les opérations commerciales est la même, il n'engage pas ses coassociés, il est seul responsable. De plus dans ces deux espèces de sociétés les associés ont pour but le partage des bénéfices. Malgré cela nous ne croyons pas qu'on

puisse les confondre. L'accomenda est un contrat réel, qui n'était constitué que par la remise des apports. Nos associations en participation sont au contraire purement consensuelles, le consentement des associés seul suffit à leur formation, aucune autre formalité n'est exigée. L'accomenda devait encore être publiée ; les associations en participation sont dispensées de cette formalité, leur véritable caractère est d'être occulte. Il est donc impossible de vouloir les faire dériver de l'accomenda même irrégulière qui a des caractères tout à fait opposés.

En France il faut arriver au xvii^e siècle pour trouver des textes précis nous permettant de distinguer quel était le véritable caractère des associations en participation dans notre ancien droit. Savary, dans son *Parfait Négociant*, nous donne la définition de ce qu'il appelle une société anonyme et qui n'est autre que notre association en participation. « Elle s'appelle ainsi, dit-il, « parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de « personne comme n'important en façon quelconque au « public (1) ».

Pour lui le principal caractère de cette espèce de société est d'être tenue secrète envers les tiers. Comme il le dit, les opérations commerciales faites par les participants « ne regardent que les associés chacun en droit soi. » Elle n'a donc d'effet qu'entre les parties contrac-

(1) T. p. 368.

tantes qui, à la dissolution, se partageront les bénéfices et les pertes. Cette société n'est pas connue des tiers, elle n'a pas de nom, c'est-à-dire de raison sociale qui l'isole de la personne des associés pour en faire un être à part. Chaque associé agit comme s'il était seul et ceux qui traitent avec lui ne connaissent que lui seul, ils n'ont aucun droit sur la société.

Pour bien faire comprendre le rôle dans le commerce de l'association en participation, Savary donne divers exemples de ce qu'il entend par *Société anonyme*, *Compte à demi*, *Compte en participation*. (Toutes ces appellations désignent ce que nous appelons association en participation). Il suppose deux négociants qui s'associent pour acheter et vendre la cargaison d'un navire. Le premier achète, l'autre vend. Ceux qui ont livré les marchandises à l'acheteur ne connaissent que lui, c'est à lui qu'ils devront réclamer le paiement, c'est lui qu'ils devront assigner en cas de contestation, et s'il tombe en faillite il sera considéré comme un simple négociant : les marchandises achetées pour le compte de la société seront le gage des créanciers du failli, elles feront partie de l'actif de la faillite, sans que l'associé ait sur elles un droit de préférence. Il en serait de même pour le second négociant, le vendeur qui serait seul connu des acheteurs.

Tous les autres exemples donnés par Savary et rapportés dans Dalloz (n° 1601) tendent à bien faire connaître le véritable caractère de l'association en partici-

pation qui est d'être une société occulte inconnue des tiers.

Il est à remarquer que tous les exemples donnés par Savary n'ont pour but qu'une seule opération commerciale. Aussi quelques auteurs ont voulu voir dans cette opération unique le véritable caractère de l'association en participation. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette manière d'interpréter les exemples de Savary. Dans tous les cas, pour lui ce n'était pas dans le nombre des opérations qu'il fallait rechercher le caractère des associations en participation. Il a insisté sur le caractère occulte pour bien faire connaître que pour lui, c'était le caractère essentiel de l'association en participation.

Pothier partage au reste les idées de Savary à ce sujet. « La société anonyme ou inconnue, dit-il (1), qu'on « appelle aussi *Comptes en participation*, est celle par « laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent « d'être de part dans une certaine négociation qui sera « faite par l'une d'entre elles en son nom seul, »

Il suppose, comme exemple, qu'une personne n'ayant pas le moyen d'acheter tout un lot de marchandises propose à une autre de l'acquérir de compte à demi avec elle et il insiste sur ce fait que la première seule fera l'achat en son nom, bien que toutes les deux y participent en réalité.

(1) Contrat de société, n° 61.

« En conséquence, dit-il, je fais la négociation seul
« en mon nom : c'est une société anonyme qui est con-
« tractée entre nous, dans laquelle je suis le seul asso-
« cié connu, et vous l'associé inconnu ». Dans la pensée
de Pothier, l'inexistence du contrat de société à l'égard
des tiers le secret de cette association entre les partici-
pants tient donc bien à la nature même de l'Association
en participation.

Dans notre ancien droit l'association en participation
était donc une société essentiellement occulte, pour la-
quelle la plus grande latitude était laissée aux parties
tant pour sa formation que pour sa preuve : Les an-
ciens auteurs, en effet, ne nous donnent aucune règle à
suivre pour la formation de ces espèces de Sociétés et
ils admettent tous les modes de preuve. L'ordonnance
de 1673 qui réglemente les autres sociétés ne nous
parle pas des associations en participation.

Trolong pense que ce silence est dû au peu d'import-
tance que ces sortes d'association semblaient présen-
ter au point de vue de l'intérêt public et nous verrons
que les législateurs de 1807 paraissent avoir partagé la
même indifférence. Cependant nos anciens auteurs
(Pothier, Savary, Gousse) avaient étudié les caractères
et le mécanisme de ces Sociétés. C'est donc chez ces
auteurs qu'il faut étudier l'association en participation,
car les seuls articles du Code de Commerce (1), qui en

(1) C. C. art. 47, 48, 49, 50.

parlent, contiennent des idées que Savary et Pothier avaient déjà exprimées et il ressort des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu innover en cette matière.

Nous aurons donc à nous inspirer des travaux préparatoires du Code de Commerce et des auteurs anciens pour étudier les caractères de l'association en participation, son mode de formation et ses preuves. Nous verrons ensuite son fonctionnement, les rapports des associés entre eux et avec les tiers, son mode de dissolution, les règles qui président à sa liquidation et au partage de la société. Et pour compléter cette étude, nous chercherons s'il existe dans les pays étrangers des sociétés analogues à nos associations en participation et si elles sont soumises à des règles différentes de celles que le législateur français a adoptées.

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

Nous allons examiner dans ce chapitre quels sont les caractères généraux de l'association en participation, puis nous rechercherons ensuite quels sont les caractères particuliers qui la distinguent des autres sociétés.

Mais une question se pose tout d'abord. Il s'agit de déterminer si les associations en participation sont de véritables sociétés ou si, comme quelques auteurs le pensent, elles constituent de simples associations.

I

L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION EST-ELLE UNE VÉRITABLE SOCIÉTÉ ?

Les auteurs qui refusent à l'association en participation le titre de société s'appuient sur la définition de l'article 1832 du Code civil. Cet article, disent-ils,

impose comme condition essentielle à la formation de toute société une mise en commun. Dans les trois autres espèces de sociétés commerciales il y a un fond commun formé soit par des capitaux, soit par le travail, soit encore par le crédit des associés. Peu importe la nature du capital, elle peut-être très différente selon les sociétés, mais la loi exige formellement une mise en commun. Dans la participation au contraire, pas de capital mis en commun, tout demeure individuel. Les apports restent la propriété de ceux qui les ont faits ou bien deviennent la propriété du gérant, mais n'appartiennent jamais à la société. Les associés n'agissent même pas ensemble, ils font des opérations commerciales individuellement ; ils agissent en leur propre nom. Il n'y a pas dans les associations en participation ce que M. Boistel appelle la collaboration active :

« De la définition de Pothier, M. Boistel (1) fait ressortir deux caractères :

« 1° On est convenu de partager les bénéfices ou les pertes et en cela la participation ressemble à une société ;

« 2° Mais il n'y a pas de collaboration active soit par le concours personnel, soit par le concours du crédit soit par les concours de capitaux ; chacun ou l'un des coparticipants agit en son nom seul, et, par la participation diffère essentiellement des sociétés. »

(1) *Cours du droit commercial*, n° 336.

Troploug et Vincens soutiennent la même opinion et refusent de reconnaître l'association en participation comme une véritable société parce qu'il n'y a pas de mise en commun.

Les partisans de ce système appuient encore leur opinion sur le texte limitatif de l'art. 19 du Code de commerce qui ne reconnaît que trois sociétés : la Société en nom collectif, la Société en commandite, la Société anonyme. On ne peut donc pas y ajouter l'association en participation puisque le législateur ne l'a pas mentionnée dans son énumération. Ce silence des rédacteurs du Code de commerce n'est pas la conséquence d'un oubli. Les travaux préparatoires prouvent au contraire qu'il est intentionnel. Treilhard, en effet, demandait que les associations en participation fussent comprises dans l'énumération des sociétés reconnues comme telles par la loi. Mais Regnault de Saint-Jean-d'Angély fit remarquer que dans l'article en question, il s'agissait de sociétés formées pour une suite d'opérations, tandis que la Société en participation n'est qu'une association pour une affaire d'un moment. Le tribunal se rangea aisément à cet avis (1) ainsi qu'en témoigne le rapport de Portalis, et l'association en participation ne fut pas regardée comme une Société ordinaire.

On ajoute encore en faveur du système que nous exposons que l'art. 47 du Code de commerce emploie

(1) Livre XVII, 258 et sq.

le mot *association* par opposition aux *sociétés* lorsqu'il s'agit de l'association en participation, pour marquer que cette dernière est bien différente des sociétés commerciales ordinaires.

Malgré la valeur des arguments que présentent les partisans de ce système, nous croyons, avec un grand nombre d'auteurs, que l'on retrouve dans les associations en participation tous les éléments d'une véritable société, bien qu'on ne leur ait jamais donné ce nom.

On objecte parfois que dans les associations en participation il n'y a pas de capital social comme dans les autres sociétés. Troplong expose qu'il faut s'attacher à ce trait : « c'est que la participation ne confond
« pas la propriété des mises ; c'est que les parties ne
« sont pas des associés pour former un capital social,
« un fonds appartenant à la société ; c'est qu'en se
« réunissant, elles retiennent la propriété de leurs
« apports ; c'est que leur association ne leur donne de
« droits respectifs que pour entrer en compte de profits et pertes, et qu'avant ce temps il n'y a pas de
« fusion d'intérêts, de vie commune, d'action simultanée : tout est individuel » (1).

Au sens exact du mot, il est certain qu'il n'y a pas de capital social dans les associations en participation, mais, comme le dit Deloison (2), il n'est pas nécessaire

(1) *Contrat de Société*, I, p. 462.

(2) *Traité des Sociétés commerciales*, tome II, ch. V.

que ce capital soit bien déterminé pour former une société, il suffit que ce soit un capital de raison. Pour bien faire comprendre sa pensée, il cite un exemple où l'un des associés apporte des capitaux et l'autre son travail ; dans ce cas, il y a un capital de raison. Il en sera de même dans les associations en participation, il y aura toujours un capital de raison fourni par les associés. Ce capital ne sera pas, comme dans les autres sociétés, mis en commun, mais peu importe la situation juridique des capitaux, il suffit, pour qu'il y ait société, qu'ils soient employés dans l'intérêt de tous.

Dans les sociétés commerciales, c'est la personne morale qui possède le capital, dans les associations en participation, les associés seront propriétaires de leurs apports, ou bien les transmettront au gérant ; ils pourront même par une convention spéciale, en être copropriétaires indivis. Dans tous ces cas, il y aura véritablement une société pourvu que les capitaux soient employés dans l'intérêt de tous. Que le propriétaire soit une personne morale, les associés ou un gérant, cela ne change rien à la nature du contrat de société qui a pour but, comme le dit Paul Pont (1), « de combiner des forces, ou, en termes d'économie politique, « des capitaux destinés à être employés dans un intérêt « commun. »

(1) *Commentaires des Sociétés civiles et commerciales*, tome II. chap. V.

Le législateur, il est vrai, malgré la demande de Treilhard n'a pas voulu créer une quatrième espèce de société pour les associations en participation. Mais il ne faut pas en conclure qu'il a entendu par là refuser aux associations en participation le titre de société.

Locré (*Esprit du code de commerce* art. 47) nous donne la raison de ce refus. « C'est que, dit-il, l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment relatif à quelques opérations passagères, et qu'en cela elle diffère de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts communs. Elle ne repose donc pas sur les mêmes bases et ne peut avoir les mêmes résultats que les trois autres espèces d'associations. »

Comme nous le verrons plus loin, les associations en participation ont presque toujours pour objet des opérations passagères, le code n'a pas jugé utile de leur donner des règles très sévères et a voulu laisser aux associés toute liberté pour la formation de leur association et, en ne les comprenant pas dans l'énumération de l'article 19, il a voulu les affranchir des règles générales aux autres sociétés.

C'est pour cette raison aussi qu'il ne leur a pas donné le nom de société en participation afin de bien montrer que les associations en participation étaient des sociétés d'une nature particulière et qu'il ne fallait pas les confondre avec les autres sociétés. « Si le code l'a

« nommée association en participation, disent MM. De-
« lamarre et Lepoitevin (*Traité théorique et pratique*
« *du droit commercial*), ce n'est pas pour faire entendre
« qu'elle n'est point une véritable société, c'est pour
« ne pas confondre dans une même dénomination deux
« choses qu'on voulait et qu'il fallait distinguer : la
« société feinte (société personne) et la société qui
« n'admet pas de fiction (société contrat). Association
« est le mot générique. »

La place qu'occupent dans le code de commerce les articles qui ont rapport aux associations en participation prouve bien que les rédacteurs du code considéraient les associations en participation comme de véritables sociétés.

C'est en effet en traitant des sociétés commerciales qu'ils s'occupent des associations en participation et c'est au chapitre des sociétés que nous trouvons les articles qui les régissent.

Les arguments tirés des travaux préparatoires du Code de commerce nous paraissent insuffisants, car on ne peut rien trouver dans les discussions ou dans les rapports qui prouve péremptoirement que les législateurs aient refusé de considérer l'association en participation comme une société. Non seulement le premier projet admettait formellement l'Association en participation au nombre des sociétés ; mais il ressort des travaux que si le législateur a modifié son plan, c'est qu'il a regardé (à tort du reste) l'association en participa-

tion comme une quantité négligeable, une association tout éphémère, destinée seulement à réaliser une ou deux opérations commerciales et qu'il a cru inutile de la soumettre aux règles ordinaires des sociétés.

On peut aussi faire bon marché des arguments tirés des textes eux-mêmes. Le législateur n'a certainement pas eu l'intention qu'on lui prêle gratuitement d'opposer dans l'article 47 du Code de commerce « *Associations* » à « *Société* » et l'article 50 qui reproduit les termes mêmes du rapport du tribun Jard-Pauvillier au Corps Législatif, permet plutôt d'affirmer que, dans l'esprit des rédacteurs du Code de commerce, les associations en participation bien que soustraites « aux formalités « prescrites pour les *autres sociétés* » n'étaient pas moins considérées comme des sociétés.

Ce point établi, nous avons à nous demander maintenant quels sont les caractères de ces associations commerciales d'une valeur particulière.

Nous étudierons d'une part les caractères généraux des associations en participation communs avec les caractères de toutes les autres sociétés commerciales et nous examinons ensuite les caractères particuliers de ces associations qui les différencient des autres sociétés et en font une institution originale.

II

CARACTÈRES GÉNÉRAUX

C'est au Code civil qu'il faut avoir recours pour trouver les caractères généraux de toute espèce de société. L'article 1832 définit ainsi la société : « La « société est un contrat par lequel deux ou plusieurs « personnes conviennent de mettre quelque chose en « commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en « résulter. »

Une société est donc tout d'abord un contrat, il faudra donc pour qu'elle existe qu'elle satisfasse aux conditions de l'article 1108 relatives à toutes espèces de contrat. C'est-à-dire qu'il faudra le consentement de tous les associés, qui devront tous être capables de contracter, il faudra de plus un objet et une cause licite. Mais l'article 1832 exige encore que les associés fournissent un apport et que toutes les opérations des associés aient pour but la réalisation de bénéfices.

Comme toutes les autres sociétés, les associations en participation devront réunir toutes ces conditions pour pouvoir exister. Nous allons les étudier successivement et voir ce qu'elles ont de particulier dans la matière qui nous occupe.

a) *Consentement.*

Ce caractère est un élément primordial dans la formation des associations en participation comme dans la formation de toute société, quelle qu'elle soit. Les associations en participation sont en effet des contrats purement consensuels et l'article 50 du Code de commerce les dispense de toutes les formalités nécessaires pour la formation des autres sociétés. Souvent il n'y aura pas de conventions écrites et, dans le doute, c'est l'examen des faits seul qui permettra aux juges de connaître l'intention des parties et les clauses réelles du contrat.

L'accord des volontés de tous les associés suffit donc à les faire naître. Comme pour les autres contrats, le consentement devra être librement donné, exempt de dol, de violence et d'erreur, et toutes les règles générales concernant les vices du consentement devraient être appliquées aux associations en participation.

L'intention des parties étant la règle directrice en cette matière, permettra non seulement de connaître les clauses de la société, mais servira aussi à la distinguer de certains autres contrats.

Il y a, en effet, des cas où il sera difficile de savoir si les parties ont eu pour but de former entre elles une

association en participation ou un autre contrat : société en nom, commission, mandat ou prêt. Un commerçant achète une certaine quantité de marchandises, il a traité en son nom, mais il agissait de concert avec un autre commerçant. Il n'y a certainement pas mandat puisqu'il a fait l'opération en son nom ; mais il peut y avoir une association en participation formée entre ces deux commerçants, ou bien un contrat de commission. Il importera de savoir quel a été leur but. S'il y a eu contrat de commission, l'acquéreur aura droit à une rémunération qui lui sera due en tout état de cause, que les marchandises aient été détériorées et revendues moins cher, ou bien qu'elles aient bénéficié d'une plus-value, il n'aura droit qu'à son salaire. Il devrait partager les bénéfices et les pertes si ces deux commerçants ont fait entre eux une association en participation.

De même pour le prêt. Un commerçant fournit un capital à un autre commerçant pour l'achat de marchandises. Ce capital peut être donné à titre de prêt ou bien à titre d'apport dans la société, et, suivant le cas, celui qui a apporté son argent aura droit à une part dans les bénéfices ou bien seulement à un tant pour cent qui représentera l'intérêt de son argent, mais qui lui sera dû même en cas de perte.

Les circonstances extérieures de ces opérations sont, on le voit, les mêmes. Il faudra donc rechercher quelle a été l'intention des parties pour savoir s'il y a entre elles un contrat de commission de prêt ou une associa-

tion en participation. C'est encore à la volonté des parties qu'il faut s'en rapporter pour savoir si un employé intéressé dans les bénéfices doit être considéré comme un associé, ou bien comme un employé ayant un salaire variable. Il est évident qu'un commerçant peut former avec ses employés une association en participation, mais il faudra que leur intention soit nettement exprimée, le seul fait d'être intéressé dans les bénéfices ne constitue pas, croyons-nous, une association en participation entre le patron et son employé.

Il est vrai que la condition de l'employé intéressé a quelques ressemblances avec celles d'un associé. Il fournit son travail, qui peut constituer son apport, et, si le commerçant fait de mauvaises affaires, il ne touchera aucun salaire et perdra son apport, il participera donc aux pertes jusqu'à concurrence de son apport, absolument comme un commanditaire.

Malgré cela, l'employé intéressé ne doit pas être considéré comme un associé, car il reste toujours subordonné à son patron, il doit exécuter ses ordres et peut être congédié par lui. S'il était associé, il serait l'égal du patron et il faudrait dissoudre et liquider la société pour que le patron et l'employé pussent se séparer.

De nombreux auteurs sont en ce sens. Guillouard (*Contrat de Société*, n° 15), nous donne l'opinion de Duvergier : « L'associé, dit celui-ci, qui donne son « industrie comme mise sociale, s'engage à faire un « travail déterminé mais indépendant, il a des devoirs

« à remplir envers la société, mais il n'a point d'ordre
« à recevoir de ses co-associés. Le commis, au con-
« traire, s'oblige à exécuter la volonté du chef de la
« maison, il est, relativement à lui, dans un état d'infé-
« riorité et de subordination incompatible avec le ca-
« ractère et les droits d'un associé. »

« Telle est, ajoute M. Guillouard, la différence essen-
« tielle de la participation et du contrat de société, le
« maître qui admet son préposé à participer aux béné-
« fices pour l'intéresser davantage à la prospérité de la
« maison à laquelle il est attaché, n'entend pas abdi-
« quer pour cela ses droits de chef, il sera toujours le
« patron donnant des ordres et le participant sera tou-
« jours un commis ou un préposé recevant ses ordres
« et les exécutant. Voilà pourquoi la participation ne
« change pas le caractère du contrat de louage de ser-
« vices intervenu entre le maître et le commis. »

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette question, le 8 mai 1903. Le sieur Balensi, directeur d'une société anonyme de banque de change, s'était pourvu en Cassation contre un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour de Paris, du 16 juillet 1897, qui le renvoyait devant la Cour d'assises

Il faisait soutenir par M. Boivin-Champeaux que, n'étant pas un employé, mais un associé en participa-
tion, il était passible de la correctionnelle et non de la cour d'assises, pour son abus de confiance.

« Attendu que, des constatations de l'arrêt attaqué, il

« résulte que Balensi, directeur de la Société anonyme
« de banque de change, était investi des pouvoirs les
« plus étendus, qu'il exerçait ses fonctions sans con-
« trôle sérieux de la part du conseil d'administration
« et des commissaires aux comptes dont il avait capté
« la confiance, et que sa rémunération consistait en un
« prélèvement de 40 0/0 sur les bénéfices.

« Attendu qu'il a été déposé à l'appui du pourvoi des
« conclusions portant que Balensi ne saurait être consi-
« déré comme commis de la société de banque et de
« change, les faits ci-dessus rappelés étant exclusifs de
« cette qualité.

« Attendu que l'arrêt attaqué a, au contraire, et à
« bon droit, reconnu ce caractère à Balensi.

« Attendu enfin, que, d'une part, l'agent d'une société
« anonyme chargé, sous le contrôle d'un conseil d'ad-
« ministration, et de commissaires aux comptes de la
« direction de la société, est comme tout autre agent,
« quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs et nonobs-
« tant le défaut de surveillance de sa gestion, le com-
« mis de cette société que, d'autre part, les émolu-
« ments qui lui sont alloués sous forme de participa-
« tion aux bénéfices, revêtent le caractère d'un sa-
« laire. »

Tel est le dernier arrêt de la Cour de cassation en cette matière. Il établit nettement que l'employé intéressé aux bénéfices, quels que soient ses pouvoirs dans la maison, n'est pas considéré, malgré sa situation,

comme un associé. Sa part dans les bénéfices ne lui donne pas le titre et la qualité d'associé. Il la perçoit seulement à titre de salaire. C'est un mode de rémunération de ses services convenu entre son patron et lui, il n'y a pas eu contrat de société.

b) *Capacité.*

Les associés en participation doivent naturellement être capables de s'obliger par contrat aux termes de l'article 1408 du Code civil.

Si l'association en participation a pour objet des opérations purement civiles, cette capacité des associés devra être appréciée selon les règles ordinaires du Code civil. Si, au contraire, l'association en participation a pour but des opérations commerciales, elle ne pourra être formée que par des personnes habiles à faire le commerce. C'est ainsi que le mineur ne pourrait entrer dans une association en participation qu'à la condition d'être émancipé, âgé de 18 ans, autorisé par son père ou sa mère ou son conseil de famille, suivant le cas.

Cette autorisation devrait être publiée selon les prescriptions du Code de Commerce, c'est-à-dire enregistrée au greffe du tribunal de commerce et affichée dans l'auditoire (1). De même la femme mariée ne pour-

(1). C. C. art. 2.

rait être participante qu'à la condition d'être autorisée à faire du commerce par son mari ou par la justice, suivant les circonstances. Et si le mineur (ou la femme mariée) n'avait qu'une autorisation générale de se livrer au commerce, il ne pourrait s'associer en participation que pour des opérations dépendant de son commerce. Il lui faudrait une autorisation spéciale s'il s'agissait d'une association en participation qui aurait pour but un commerce tout différent que celui pour lequel il a été habilité.

c) Objet

Ces associations en participation peuvent avoir pour objet les choses les plus différentes. Nous trouvons, dans les exemples que nous donnent les auteurs et dans les arrêts de jurisprudence, des associations en participation ayant pour objet toute espèce d'opérations commerciales.

Il suffit que cet objet soit licite, non contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public. C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si telle opération civile ou commerciale est permise par la loi et peut faire l'objet d'une Association en participation.

Un jugement du tribunal de la Seine du 25 octobre 1899 a déclaré nulle une association en participation formée pour l'exploitation d'un produit pharmaceutique parce

que cette association avait un objet illicite (*Journal des Sociétés*, 1899, p. 228).

Seraient encore illicites les associations ayant pour but la contrebande, la traite des blanches, celles qui auraient pour but l'accaparement des marchandises d'une espèce particulière vendues sur un marché. Cependant, M. Molinier fait une distinction. Il ne faudrait pas confondre « les associations qui n'offrent que « que l'exercice légitime du droit dont sont investis les « commerçants de se réunir pour exercer leur industrie, « de celles qui n'ont évidemment pour cause que l'ac- « caparement des marchandises et l'établissement d'un « monopole nuisible au public. » Molinier. N° 615. *Traité du Droit commercial*.

Les commerçants ont le droit de s'associer pour éviter toute concurrence, mais ils ne peuvent pas profiter de leur association pour accaparer toutes les marchandises qu'ils pourraient revendre un prix exorbitant. Une association en participation qui aurait un tel but serait certainement frappée de nullité et les participants seraient exposés aux rigueurs du Code pénal (art. 419).

Il n'est pas nécessaire que l'objet d'une association soit commercial, il pourrait certainement être civil de même qu'il est certain que deux sociétés peuvent, comme de simples particuliers, former entre elles une association en participation.

Comme on le voit, l'objet de l'association en participation peut être aussi varié que possible, la loi, comme

pour les autres contrats, n'exige qu'une seule condition de n'être pas illicite.

d) *Cause*

Dans tous les contrats il faut une cause. La cause est, nous dit Baudry-Lacantinerie (1) « le but immédiat « et par conséquent essentiel en vue duquel on contracte ». Dans une association en participation, le but immédiat d'un commerçant est de s'adjoindre des associés qui, par le concours soit de leurs capitaux, soit de leur travail, l'aideront à réaliser des bénéfices. Comme le contrat de société est un contrat synallagmatique, l'obligation de l'un servira de cause à l'autre. Ici encore, il faudra que la cause soit licite, c'est-à-dire non contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public. De plus, la cause devra toujours être vraie, puisque l'obligation et par suite le contrat « sans cause « ou sur fausse cause ne peut produire aucun effet. » (C. civ., art. 1131).

e) *Apport.*

Les apports qui servent à former le capital social sont nécessaires à la formation de toute société. C'est

(1) Tome II, page 47.

donc aussi une condition essentielle de la formation des associations en participation, puisque les associations en participation sont, comme nous l'avons vu, de véritables sociétés. Les apports peuvent être ici aussi variés que possible, que l'on en considère la nature ou le quantum.

a) Ils consisteront en argent, lorsque les participants remettront par exemple à l'un d'eux les fonds ou une partie des fonds nécessaires pour effectuer l'opération commerciale qui est le but de la participation. Ils peuvent consister en corps certains, ce qui arrivera lorsque l'un des participants remettra à ses associés des marchandises ou des denrées qu'il s'agit de vendre au profit des deux.

Les apports des participants peuvent être des meubles ou des immeubles. Les associés ou quelques-uns d'entre eux peuvent apporter simplement leur industrie, leur activité. Mais le crédit d'un associé serait-il un apport suffisant dans une association en participation ? Il s'agit évidemment ici du crédit commercial de l'un des associés, c'est-à-dire de la confiance qu'il inspire dans le monde des affaires, de l'excellente réputation dont il jouit sur le marché, à raison de son habileté et de sa profonde connaissance des affaires, de sa régularité à remplir ses engagements, de sa longue pratique et des opérations importantes qu'il a déjà faites. Mais on ne saurait admettre qu'un associé prétende faire l'apport de son crédit politique, de l'influence

qu'il peut avoir en raison de sa parenté, de sa situation sociale, soit qu'il détienne une partie du pouvoir administratif ou gouvernemental, soit qu'il appartienne à un corps élu. « L'apport du Crédit politique serait immoral » (1). Une telle convention « est, disait Treihard, contraire à l'honnêteté et aux bonnes mœurs « quand leur mise ne consiste que dans une promesse « de crédit, vaine le plus souvent, mais toujours coupable quand elle est payée. »

Mais peut-on en dire autant du crédit commercial ? Il y a controverse sur ce point en ce qui concerne les sociétés ordinaires. Certains auteurs pensent qu'on ne peut compter comme apport dans une société même le Crédit commercial d'un associé. Les tiers, dit-on, peuvent être trompés ; car en voyant le nom de cet homme capable et estimé, ils peuvent compter sur sa collaboration active dans la société. Or nous supposons que cette personne ne rapporte que son nom, les tiers sont donc abusés (2). On peut répondre que cette crainte est vaine ; car le crédit commercial d'une personne constitue bien rarement tout l'apport d'un associé. De plus, celui qui donne son nom sera responsable envers les tiers comme les autres associés et il sera intéressé à ne pas laisser effleurer sa réputation (3).

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Précis de Droit commercial*. I, 259 ; TROPLONG, n° 114. DALL. Rép. Alph. V. Société, 89.

(2) TROPLONG, 115 ; AUBRY et RAU, IV, § 377 ; DALL. *Rép. alph.* V. Société, 89.

(3) BÉDARIDE, n° 30 ; LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, n° 259 ; PONT, *Des Sociétés*, I, n° 65.

Un homme qui jouit d'un réel crédit dans les affaires ne prètera pas légèrement son nom à des combinaisons plus ou moins suspectes, et il ne refuserait pas, le cas échéant, sa collaboration active ou tout au moins ses conseils pour éviter la ruine d'une entreprise à laquelle son nom est attaché. Mais pour les associations en participation qui sont, comme nous le verrons bientôt, des sociétés occultes que les tiers par conséquent ne peuvent pas connaître, nous croyons que le crédit commercial d'un associé ne sera d'aucune utilité et par conséquent ne pourra à lui seul constituer un apport. On pourrait, il est vrai, tenir compte dans l'évaluation de l'apport du crédit commercial de celui qui le fait, et c'est notamment ce qui arrivera lorsque l'apport d'un des associés consistera dans son industrie et son travail. Supposons par exemple qu'un commerçant français veuille lancer un produit nouveau en Angleterre. Il forme une association en participation avec un négociant anglais qui jouit d'un certain crédit sur le marché de Londres. Il est évident que le crédit de ce dernier sera une source de bénéfices pour l'association ; mais dans ce cas, l'apport ne consistera pas seulement dans le crédit de cet associé, mais encore dans son travail, car il faut, pour que son crédit soit efficace, qu'il collabore lui-même aux opérations de la Société.

b) Les apports des associés en général peuvent être fort inégaux, mais « il est de l'essence de la société » dit Pothier, que chacune des parties apporte ou

« s'oblige d'apporter quelque chose à la société » (1). Sans cette mise en commun des apports, il n'y a pas de capital social et par conséquent pas de société. Le participant, ou prétendu tel, qui prendrait une part dans les bénéfices sans avoir fait aucun apport serait un donataire, mais non pas un associé.

Les auteurs qui refusent de regarder l'association en participation comme une véritable société tirent de leur affirmation cette conséquence qu'elle ne comporte pas de fonds social (2). « Il se peut, dit M. Thaller (3), « que le gérant opère exclusivement sur ses ressources « sans demander de mises à ses participants. Ce qui lui « importe alors, ce n'est pas de se procurer les moyens « de faire la spéculation (car il les possède), mais de « diviser un risque. L'association en participation n'est « plus, en pareil cas, cet agent créateur de richesse « que représente la société véritable. Elle tend à fractionner la perte de l'affaire traitée à fonds commun. » Nous répondrons d'abord que le rôle économique joué par l'association en participation n'a rien à faire ici et ne modifie pas son caractère juridique. Mais la promesse de concourir aux pertes jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par exemple est pour le promettant une obligation qui constitue précisément son apport, obligation qui ne sera réalisée, il est vrai, que

(1) *Traité des Sociétés*, n° 8.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.* n° 527.

(3) *Précis de Droit commercial*, n° 480.

si l'opération aboutit à des pertes et non à des bénéfices. (En ce sens : Molinier, n° 594).

Ordinairement les associés recueillent une part des bénéfices proportionnelle à leur mise. (C. civ., art. 1853, al. 1) mais cette règle n'est pas d'ordre public, elle peut être modifiée par la convention des parties. Ce qui est d'ordre public, c'est l'interdiction de fonder une société léonine, dans laquelle les bénéfices seraient attribués en tout ou en partie à des sociétaires qui ne seraient, d'après les statuts, exposés à aucune perte.

f) *Intention de réaliser des bénéfices.*

Une société doit avoir pour but de réaliser des bénéfices : c'est ce qui la distingue des simples associations. Ce caractère essentiel des Sociétés a toujours été reconnu par les jurisconsultes et cette distinction a été formellement admise lors de la discussion de l'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations. Bien plus elle est consacrée législativement par l'article 1^{er} de cette loi ainsi conçu : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent « en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de « partager des bénéfices... etc. »

Peu importe que ces bénéfices soient obtenus par des

opérations commerciales ou par des opérations civiles. C'est ainsi qu'il faut considérer comme véritable société celle qui a pour but de spéculer sur des immeubles, bien que les spéculations sur les immeubles ne soient pas considérées comme des actes commerciaux. De même l'association en participation de personnes qui achètent de compte à demi des denrées pour les payer moins cher trouvent un véritable *bénéfice* au sens juridique du mot dans cette opération. Les sociétés en participation seront civiles ou commerciales selon qu'elles se livrent à des opérations civiles ou commerciales ; mais, pour former de véritables sociétés, il faut qu'elles aient pour but de procurer des bénéfices aux membres qui en font partie.

III

CARACTÈRES PARTICULIERS

Nous venons d'examiner les caractères généraux communs à toutes les sociétés. Il nous reste maintenant à rechercher quels sont les caractères particuliers des associations en participation, qui permettent de les distinguer des autres sociétés.

a) *Véritable caractère de l'association en participation.*

Le Code n'indique aucun critérium qui permette de la distinguer à première vue ; aussi les auteurs ont-ils imaginé plusieurs systèmes qui peuvent se ramener à deux principaux.

Premier système. — Le premier système soutenu par Locré, Pardessus, Mallepeyre et Jourdain voit dans l'association en participation une société relative à une ou plusieurs opérations de commerce, mais toutes de courte durée. Suivant eux, pour caractériser une association en participation, il faut considérer le temps pour lequel elle est créée et voir si les actes de commerce pour lesquels elle a été fondée, sont des opérations isolées, passagères. Comme le dit Savary (1) « elles finissent quelquefois le même jour qu'elles sont faites. »

« Le caractère propre d'une association en participation, dit M. Pardessus (2), est qu'elle soit relative à
« une ou plusieurs opérations de commerce dont l'objet
« est né au moment où les parties font leur convention
« et qu'elle ne se prolonge pas au-delà du temps nécessaire pour les achever, tandis qu'une société est
« formée dans la vue de se livrer à des opérations successives, et telles que les amèneront pendant sa

(1) *Parfait Négociant*, I, p. 368.

(2) *Droit commercial*, t. IV, n° 1046.

« durée les cours des choses et la suite des affaires qui
« se présenteront dans la branche du commerce pour
« l'exercice de laquelle les parties se sont unies. »

Suivant ces auteurs, les associations en participation sont donc créées en vue de faire des opérations passagères, elles sont tout-à-fait momentanées et répondent à un besoin pressant d'unir plusieurs forces pour faire une spéculation. Dans les autres sociétés au contraire la durée des opérations est beaucoup plus longue, comme le dit Locré (Esprit du Code de commerce, art. 47), « le lien est plus durable et forme entre les
« associés une communauté d'intérêts continus. »

Le Code de commerce, disent les partisans de ce système n'a rien innové en matière d'association en participation, il a voulu suivre la tradition dans cette matière.

Or, dans l'ancien droit tous les exemples d'associations en participation qui nous sont donnés par les auteurs n'ont trait qu'à des associations en participation ayant pour but des actes commerciaux peu variés se rapportant tous à une spéculation de courte durée.

Les rédacteurs du Code de commerce, loin de vouloir innover en cette matière ont au contraire laissé aux associations en participation leur véritable caractère :
« Ces associations sont relatives à une ou plusieurs
« opérations de commerce », dit l'art. 48, c'est indiquer par là qu'il entend limiter l'objet des associations en participation à une ou plusieurs opérations identiques,

Du reste, c'est l'avis de Locré qui nous rapporte les observations du Tribunat au moment de la rédaction du Code de commerce. « L'association en part n'est qu'un « marché d'un moment relatif à quelque opération passagère », dit-il (Esp. du Code de commerce, art. 47).

Malgré la tradition, malgré l'art. 48 et les observations de Locré, nous ne croyons pas que ce soit là le véritable caractère de l'association en participation.

Il faut cependant reconnaître qu'en fait, et c'est peut-être ce qui a induit certains auteurs à défendre ce système, les associations en participation ont presque toujours pour but une opération unique ou quelques opérations se rapportant toutes à une spéculation plus ou moins longue. Mais nous ne voyons aucune raison d'interdire de fonder une association en participation pour des opérations commerciales plus longues. « Quel « motif y aurait-il, dit M. Boistel (1), de donner des « règles différentes pour une société qui aurait pour « but seulement quelques opérations au lieu d'avoir « pour objet un ensemble d'opérations. Ce caractère « est même très peu précis, car quel sera le nombre « d'opérations nécessaire pour constituer un ensemble « une entreprise durable » ? On ne voit pas, en effet, qu'elle pourrait être l'unité de mesure en cette matière.

De plus, les autres sociétés commerciales peuvent avoir pour but un objet unique. Une société en nom

(1) P. 298, n° 367.

collectif et une association en participation peuvent être formées pour faire identiquement les mêmes opérations commerciales, cela n'empêchera pas ces sociétés d'être essentiellement différentes, quant à leur mode de formation et quant à leurs effets, surtout à l'égard des tiers. Ce n'est donc pas l'objet qu'il faut considérer pour distinguer les associations en participation des autres sociétés ce n'est pas là qu'il faut rechercher leur caractère propre, puisque ce caractère peut exister dans toute espèce de société.

Les rédacteurs du code n'ont jamais fait de distinction entre les sociétés au point de vue de leur objet. Elles peuvent toutes avoir pour but les mêmes opérations commerciales, c'est aux commerçants qui désirent s'associer, de choisir la forme qui leur conviendra le mieux.

Si l'art. 48 parle d'opérations passagères c'est plutôt, comme le dit M. Boistel, à la suite du passage précité, pour en indiquer un caractère ordinaire naturel que pour en donner un véritable critérium, car il n'est nullement rédigé dans la forme impérative. Il résulte du reste des travaux préparatoires que le législateur n'a voulu imposer aucune règle fixe aux associations en participation. En les dispensant par l'art 50 des formalités prescrites pour les autres sociétés, il montre clairement qu'il laisse la plus grande latitude pour leur formation ; il est donc peu probable qu'après avoir aussi nettement exprimé son intention de n'astreindre

les associations en participation à aucune règle fixe, il soit venu apporter une restriction au sujet de leur objet.

La jurisprudence a commencé par admettre ce système. Un arrêt de la cour de Poitiers du 11 mai 1825. (S. 86. 2.77) a décidé qu'une association en participation doit avoir pour objet un petit nombre d'opérations et que c'est précisément son objet qu'il faut considérer pour la distinguer des autres sociétés.

« Attendu que pour déterminer l'espèce d'une société on doit considérer l'objet pour lequel elle a été contractée, quelles que soient les clauses et les stipulations insérées dans l'acte qui la constitue, que celle dont il s'agit n'ayant pour objet entre ouvriers qu'un acte passager, qu'une convention qui s'applique à un objet unique à une seule opération déterminée ne peut être regardée que comme une association en participation. »

La cour de Cassation a consacré ce système dans plusieurs arrêts décidant que les juges devaient, d'après les faits de la cause, décider s'ils se trouvaient en présence d'une association en participation.

Il est bien évident que les tribunaux doivent juger s'ils se trouvent en présence d'une association en participation, mais, ils doivent le faire d'après des règles fixes. Comme le dit M. Poulle, (p. 20, n° 47.) on ne peut admettre « que ce pouvoir d'appréciation puisse être toujours et dans toutes les circonstances

« un pouvoir arbitraire d'appréciation, ne tenant
« compte que des circonstances extérieures, passa-
« gères, contingentes, et laissant de côté les éléments
« intrinsèques et constitutifs de l'association. »

En se basant sur de tels principes, la jurisprudence est arrivée à des contradictions manifestes. Ainsi la cour de Grenoble, dans un arrêt du 9 juillet 1891, décide qu'on ne peut pas reconnaître comme association en participation une société formée pour l'achat et la vente de vins, eaux-de-vie, huiles, etc., car cette société avait pour but des opérations multiples et non déterminées. La cour de Montpellier, au contraire, dans un arrêt du 27 novembre 1858. (S. 61, 1.77) reconnaît comme association en participation une société formée en vue de faire des spéculations sur les vins du Midi; et pourtant comme dans l'espèce précédente il s'agissait bien ici d'opérations commerciales multiples et non déterminées.

Dans ces deux exemples à peu près identiques, les décisions des tribunaux ont été contradictoires, ce qui prouve qu'ils n'ont pas pris comme base les véritables principes en matière d'association en participation, qu'ils se sont trompés en voulant voir dans le nombre et la longueur des opérations commerciales le véritable caractère de l'association en participation.

Aussi la jurisprudence a complètement changé, et,

(1) S. 32., 2. 373.

désormais, elle est définitivement fixée en faveur du second système, que nous allons exposer et qui reconnaît une association en participation non plus en considérant sa durée, mais en tenant compte de ses relations avec les tiers. Les associations en participation n'existent pas pour les tiers, elles leur sont inconnues. Tel est leur véritable caractère.

2^e système. — La grande majorité des auteurs : Troplong, Delangle, Bedarride, Bouvier, Berngillon, Deloison, Lyon-Caen et Renault, etc., reconnaissent que les associations en participation sont des sociétés essentiellement occultes.

Nous verrons, en étudiant les effets des associations en participation qu'elles n'ont pas d'existence à l'égard des tiers qui ne peuvent connaître que les individus et non la société. « D'abord elle est occulte, dit Troplong (1),
« essentiellement occulte. Quel que soit son objet, si
« elle se manifeste en public, elle n'est pas une participation momentanée ou prolongée, embrassant
« une affaire née ou une affaire à naître, une opération simple ou des opérations successives, dès l'instant qu'elle ne reste pas concentrée dans des rapports
« intérieurs, elle est une société collective, le nom de
« participation est menteur, il ne lui appartient pas. »

Telle était aussi l'opinion de Savary (2), qui disait :
« Elle est sans nom et elle n'est connue de personne.

(1) *Contrat de société*, I, p. 462.

(2) I, 368.

« comme n'important en façon quelconque au public :
« tout ce qui se fait en la négociation ne regarde que
« les associés chacun en droit soi..... il n'y a que celui
« qui agit qui est le seul obligé. »

Pothier (1) soulignait ce caractère essentiel de l'association en participation. « La société *anonyme* ou
« *inconnue*, dit-il, qu'on appelle aussi compte en participation, est celle par laquelle deux ou plusieurs
« personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre
« elles en son nom seul. »

Et Savary et Pothier citent des exemples dans lesquels on retrouve les caractères qu'ils ont reconnu à ces sortes d'associations. C'est le cas de deux négociants qui conviennent d'acheter de compte à demi la cargaison d'un navire, achat qui est fait dans le nom d'un seul. Ou bien deux négociants s'entendent, l'un pour acheter à bon marché dans le pays de production des marchandises qu'il expédie ensuite à son correspondant. Celui-ci les vendra en son nom et tous les deux partageront le bénéfice de l'opération. Quant aux tiers qui auront traité avec l'un d'eux, ils ignorent la participation de l'autre dans l'opération et croient avoir traité avec un seul intéressé, non avec le représentant d'une association quelconque. C'est en cela surtout que les associations en participation diffèrent des autres

(1) *Contrat de société*, n° 61.

sociétés. En insistant sur cette idée que la participation est une société occulte, il semble bien qu'ils considéreraient ce caractère comme essentiel pour le distinguer de toute autre société civile ou commerciale.

Le Code de commerce, nous l'avons déjà dit, n'a rien innové en cette matière. Il résulte des travaux préparatoires que le législateur a voulu laisser aux associations en participation le caractère qu'elles avaient dans l'ancien droit, et par conséquent les considérer avec Savary et Pothier comme des sociétés occultes.

Du reste le Code leur reconnaît implicitement ce caractère dans l'article 50 ; en les dispensant des formalités prescrites pour les autres sociétés. Parmi les formalités exigées pour les trois autres espèces de sociétés, la publicité est une des plus importantes. C'est uniquement dans l'intérêt des tiers que la publicité est exigée. Il est indispensable qu'ils sachent en traitant une affaire commerciale envers qui ils s'obligent et qui sera responsable à leur égard. Ils seraient certainement lésés si une société qu'ils n'auraient pas pu connaître pouvait avoir quelque effet contre eux, par exemple, s'ils découvriraient que celui avec lequel ils ont traité n'est que le représentant d'une société insolvable et qu'il n'est tenu lui-même que dans une certaine mesure. Il est bien évident que les rédacteurs du Code considéraient les associations en participation comme des sociétés occultes n'ayant aucun effet envers les tiers pour les dispenser des formalités de publicité. Les rédacteurs

de la loi de 1867 sur les sociétés qui s'occupe spécialement des formalités exigées en cette matière ne parlent pas des associations en participation. Leur silence prouve qu'ils ont admis les mêmes principes que les rédacteurs du Code, ou tout au moins qu'ils n'ont pas eu l'intention d'y déroger, et qu'ils considéraient eux aussi ces sociétés comme essentiellement occultes.

La jurisprudence est maintenant unanime pour reconnaître ce caractère aux associations en participation.

« Attendu qu'il est actuellement admis par la doctrine et la jurisprudence qu'il ne faut pas s'attacher « pour distinguer la participation des autres sociétés à « l'objet de l'association qui peut s'appliquer à une « branche entière d'industrie ou de commerce, que ce « qui caractérise cette association c'est uniquement la « nature de société occulte n'ayant à l'égard du tiers « aucune existence légale. » (Arrêt de la cour de Douai du 16 juillet 1892. D. 1894, 1-261.)

« Considérant que si l'association en participation « n'est point assujettie à des règles de forme ou de « publicité c'est parce qu'elle a pour caractère essentiel d'être occulte et sans intérêt pour les tiers qui « traitent avec le gérant en son nom personnel et qui « n'ont que lui pour obligé. » (Arrêt de la cour de Paris du 8 janvier 1900. *Journal des tribunaux de commerce* 1901. N° 16073, p. 318.)

En disant que le véritable caractère de l'association

en participation est d'être une société occulte, on veut dire qu'elle ne doit pas avoir d'existence légale envers les tiers et que ceux-ci ne doivent pas la connaître officiellement. Mais ils pourraient parfaitement savoir que le commerçant avec lequel ils traitent a agi pour le compte d'une association en participation sans qu'ils soient pour cela engagés envers la société. Dès lors qu'elle ne leur a pas été révélée dans les formes réclamées par la loi de 1867 (art. 55 à 64) elle n'existe pas pour eux. On peut dire qu'ils n'en ont pas la connaissance juridique.

Mais si les associés avaient donné à leur association la publicité légale, le caractère de cette société en serait-il changé ? Nous admettons l'affirmative et nous pensons qu'il y aurait plutôt dans ce cas une véritable société commerciale, que ce soit une société en nom collectif ou une société en commandite, peu importe, mais non une association en participation. Les tiers auraient été trompés et croyant avoir traité avec des associés responsables ils seraient lésés s'ils trouvaient en face d'eux des associés en participation. Les tribunaux devraient donc rechercher quelle société les parties ont voulu former en lui donnant le faux nom d'association en participation.

Il est, d'ailleurs admis par les principes que les tribunaux pour qualifier un acte juridique, doivent plutôt rechercher quelle a été l'intention des parties que de

s'attacher à la dénomination plus ou moins exacte qu'elles ont donnée à cet acte.

b) *Absence de raison sociale.*

Ce second caractère de l'association en participation est une conséquence de celui que nous venons d'examiner. La raison sociale est le nom qui révèle l'existence de la société aux tiers. Elle doit contenir, nous dit l'article 23 du Code de commerce, les noms des associés responsables indéfiniment. Elle ne peut donc pas exister dans les associations en participation qui ne doivent pas être connues des tiers. C'est une mesure de publicité et par conséquent elle tombe sous l'application de l'article 50 qui dispense les associations en participation de toutes ces formalités.

Tout étant individuel dans la participation, chaque associé est seul responsable envers les tiers des opérations qu'il a faites. Il n'y a donc pas besoin de raison sociale qui rendrait tous les associés responsables. Aussi une association en participation qui aurait une raison sociale perdrait les avantages que la loi accorde à ces espèces de sociétés et les associés devraient être rendus responsables des opérations commerciales passées sous ce nom, car ils ont induit les tiers en erreur, en leur laissant supposer qu'ils traitaient avec une société en nom collectif et non avec une association en participation.

c) Pas de siège social.

Il en est de même du siège social qui est le lieu choisi par les associés pour traiter les affaires de la société, c'est le domicile particulier de la personne morale formé par toute autre société commerciale.

Chaque associé agissant en son nom et étant seul en cause dans toutes les opérations commerciales qu'il traite avec les tiers, il n'y a pas besoin de siège social, son domicile particulier est le seul que les tiers auront besoin de connaître. C'est là qu'ils pourront l'assigner en cas de contestation, c'est-à-dire devant le tribunal de commerce de l'endroit où il a son principal établissement, à moins qu'il n'ait choisi un domicile spécial pour chaque opération.

L'association n'a donc pas de siège social, mais ici encore il ne faut rien exagérer. Il est évident qu'étant donné son caractère occulte c'est uniquement à l'égard des tiers que cette société ne peut pas avoir un domicile particulier, car, comme nous l'avons déjà dit, les tiers ne connaissent que des individus et non la société. Mais rien ne s'oppose à ce que les associés choisissent d'un commun accord un domicile spécial où ils pourront régler les affaires intérieures de la société. Ils peuvent parfaitement convenir que la vérification des opérations commerciales, le partage des bénéfices se feront dans tel endroit déterminé. C'est même généralement ce qui

aura lieu et, dans ces cas, nous croyons que ce domicile choisi produirait entre eux tous les effets d'un véritable siège social.

Un arrêt de la cour de Rennes du 27 mai 1895 décide que, s'il était intervenu une convention tacite dont le fait était de faire opérer dans un lieu le règlement des intérêts des associés, le tribunal de commerce de ce lieu serait compétent pour connaître des difficultés qui naîtraient de ce règlement.

d) *Personne morale.*

C'est une question qui a été très discutée en doctrine et en jurisprudence que celle de savoir si les associations en participation étaient des personnes morales.

Quelques auteurs se sont prononcés pour l'affirmative. Nous avons admis, disent-ils, que les associations en participation étaient de véritables sociétés commerciales, il faut donc leur reconnaître tous les caractères que le Code de commerce accorde à ces sociétés et par conséquent admettre que comme les autres elles sont des personnes morales. Pour leur refuser ce caractère, il faudrait un texte précis : or, il n'y en a pas.

L'article 50 les dispense des formalités exigées pour les autres sociétés, mais il ne parle que des formalités, laissant ainsi subsister les conditions de fonds et les laissant soumises aux principes généraux sur les sociétés.

Elles ont donc la personnalité morale comme toute société commerciale.

De plus, disent ces auteurs, les biens de la société forment le gage de ceux qui ont traité avec elle. Il serait injuste de ne pas déférer les créanciers de la société aux créanciers personnels des associés, et de les faire entrer en concurrence avec eux. Ils ont un droit sur les biens de la société comme tout créancier en a un sur ceux de son débiteur. Mallepeyre et Jourdain, partisans de ce système, rapportent (page 263) une consultation de MM. Merlin et Pardessus concluant à la personnalité morale des associations en participation.

« La mise en commun, disent-ils, une durée limitée
« de l'opération, l'obligation de l'associé envers la
« société de réaliser l'apport promis, la transmission
« dans le domaine de la société des choses apportées
« et le désaisissement de l'associé par le fait de cet
« apport sont les traits caractéristiques d'un être
« moral et ces traits conviennent à toute espèce de
« société, car le code ne distingue pas. »

Ils citent à l'appui de leur système un arrêt de la cour de cassation du 13 mars 1823, qui distingue le patrimoine personnel des associés d'avec les biens de la société. Malgré l'avis de ces auteurs la cour de Paris, par un arrêt du 9 août 1831, a jugé dans l'affaire même pour laquelle cette consultation avait été écrite, que les associations en participation n'avaient pas la personnalité morale des autres sociétés.

Depuis cette époque, la jurisprudence est formelle en ce sens, c'est aussi l'opinion de la plupart des auteurs.

L'association en participation est bien une véritable société commerciale, mais à la différence des autres sociétés, elle n'a pas de capital social distinct de celui des associés. Comme nous l'avons dit, ce capital est un capital de raison qui n'est pas différent de celui des associés. Elle n'a pas non plus de siège social. En un mot, on ne trouve dans l'association en participation, aucun des éléments nécessaires pour en former un être spécial, indépendant.

De plus, la publicité dont elle est dispensée nous paraît un élément essentiel pour qu'une personne morale puisse naître. Comment, en effet, admettre que les tiers puissent se trouver obligés envers une personne qu'ils n'ont pas pu connaître. Comment cette personne pourra-t-elle avoir des droits et des devoirs envers des tiers si c'est en quelque sorte un être imaginaire, inconnu de tout le monde. Dans un contrat, l'erreur sur la personne est une cause de nullité. Or, en matière d'association en participation, l'erreur sur la personne serait forcée, puisque les tiers n'ont aucun moyen de reconnaître l'existence de la société, cette société étant dispensée de publicité.

Pardessus, reconnaissant que la publicité était nécessaire, pour qu'un être moral puisse exister, décidait que les associations en participation n'étaient des per-

sonnes morales qu'à l'égard des associés et non à l'égard des tiers.

Cette distinction nous paraît inexacte. Une personne morale est un être qui a reçu une existence propre, qui vit par lui-même à côté des autres et qui, par conséquent doit exister pour tout le monde ou ne pas exister du tout.

De plus, on ne voit pas l'utilité de cette distinction. Ce sont les tiers qui auraient intérêt à ce que la société fût une personne morale, afin d'avoir un débiteur spécial et n'avoir pas à entrer en concours avec les créanciers des associés.

Mais ils ne seront pas frustrés par ce fait que l'association n'est pas une personne morale. N'ayant pas connu la société, ils n'ont pas traité avec elle, ils ont considéré le gérant comme un simple particulier et par conséquent ils ont accepté d'entrer en concours avec les créanciers. Ils ont un droit sur son patrimoine mais ils n'ont que cela. Ils ne peuvent compter sur le patrimoine d'une société qu'ils ne connaissent pas et qui n'existe pas pour eux. Ce serait au contraire les créanciers du gérant qui seraient frustrés si on leur retirait une partie de leur gage comme faisant partie d'un capital social, car eux aussi n'ont pas pu avoir connaissance de ce contrat et peut-être ne se seraient-ils pas obligés s'il avaient pu savoir que le patrimoine sur lequel ils ont droit était ainsi diminué.

Les associations en participation n'étant pas des per-

sonnes morales, il s'ensuit que ces sociétés ne forment pas un être distinct de la personne des associés et par conséquent qu'elles ne peuvent pas agir contre les tiers, de même que les tiers ne peuvent rien contre elles. Dans les sociétés ordinaires, en cas de contestation entre les tiers et les associés, ceux-là n'ont qu'à assigner la société personne morale, elle seule répondra devant eux pour tous les associés. Il n'en est pas de même en matière d'association en participation et les tiers doivent assigner individuellement tous les associés avec qui ils ont traité et qui sont par le fait seuls responsables envers eux. Les associés auront à répondre chacun de leurs actes, ils pourront opposer aux tiers les exceptions qui leur sont propres, la compensation par exemple, ce qu'ils ne pourraient pas faire si la société était une personne morale, car il y aurait alors une tierce personne entre le débiteur et son créancier.

En résumé, les caractères spéciaux de l'association en participation découlent tous de cette idée générale que cette société est occulte, inconnue des tiers. C'est ce qui la distingue essentiellement des autres sociétés commerciales. Elle n'a pas comme ces dernières de capital social proprement dit, pas de raison sociale, pas de siège social, elle ne forme pas une personne morale.

Le Code de commerce la dispense de toutes les mesures de publicité exigées sous peine de nullité

pour les autres sociétés. Par conséquent, les formalités indispensables à la constitution et au fonctionnement des autres sociétés commerciales, lui font à peu près défaut. Elle jouit donc de la plus grande liberté pour son mode de formation et son fonctionnement. Le législateur ne lui a imposé que les éléments essentiels pour former une société, mais il l'a dispensée de toutes les règles fixées nécessaires aux autres sociétés, indiquant par là qu'il laissait aux parties le soin de fixer elles-mêmes les conditions qu'elles jugeraient utiles au bon fonctionnement de leur société.

CHAPITRE II

FORMES ET PREUVES

I

FORMES

Aucune forme spéciale n'est prescrite pour la constitution des associations en participation. L'article 48 du Code de commerce nous dit qu'elles « ont lieu pour « les objets, dans les formes, avec les proportions « d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants ». Il n'y a, on le voit, aucune formalité essentielle exigée pour sa formation, c'est un contrat purement consensuel et la volonté des parties est souveraine maîtresse d'adopter la forme qui lui plaît.

Le plus souvent les associations en participation revêtiront la *forme collective*, c'est-à-dire que les associés seront tous responsables indéfiniment des opérations faites pour le compte de la société. Deux ou plusieurs personnes s'associent pour faire des opérations

commerciales ; l'une d'elles gère la société, toutes doivent supporter les conséquences de ses actes. Il est bien évident qu'à l'égard des tiers elles n'ont pas à intervenir, elles ne sont pas responsables envers les créanciers, mais seulement envers les autres membres de la société. Il n'est pas nécessaire qu'ils supportent les gains ou les pertes d'une façon égale pour ; tous ils peuvent les limiter à un quart, à un cinquième par exemple du résultat final ; mais dans une association en participation qui a la forme collective, la part de chaque associé doit être proportionnelle au total des gains ou des pertes. De même que tout le gain ne peut être attribué seulement à quelques-uns des participants, de même aucun d'eux ne peut s'affranchir complètement des risques. C'est le droit commun.

A part cette question de responsabilité, la plus grande latitude est laissée aux associés qui peuvent insérer dans leur contrat toutes les clauses, toutes les conditions qu'il leur plaira, soit pour la gestion, soit pour la dissolution la liquidation et le partage de la société.

Vavasseur, dans son *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, (tome 2, chapitre vi) nous donne une formule qui indique quelle est la forme généralement employée dans ces espèces de sociétés.

« Par devant Me
« ont comparu
« M. Casimir Dainvalle, propriétaire du haut-fourneau
« de,.... demeurant dans cet établissement, d'une part.

« Et M. Théodore Boulin, banquier, demeurant à.....
« d'autre part.

« Lesquels exposent que M. Dainvalle ayant besoin
« d'un capital de 100.000 francs pour perfectionner l'ou-
« tillage de son usine, s'est adressé à M. Boulin pour
« lui demander cette somme en lui offrant de l'associer
« à son entreprise pour un délai de cinq ans. M. Boulin
« ayant agréé cette proposition, ils sont convenus de
« former entre eux une association en participation
« conséquemment occulte pour les tiers et dont ils
« ont arrêté les conditions de la manière suivante :

« *Article premier.* — Il est formé entre M. Dainvalle
« et M. Boulin une association en participation pour
« l'exploitation du haut-fourneau situé à..... et appar-
« tenant à M. Dainvalle.

« *Art. 2.* — Cette association aura une durée de cinq
« ans à compter du 1^{er} janvier prochain.

Art. 3. — M. Dainvalle continuera à gérer son établis-
« sement en son nom personnel, M. Boulin vérifiera
« ou fera vérifier quand bon lui semblera la comptabi-
« lité, qui sera tenue conformément aux usages du com-
« merce.

« *Art. 4.* — Il sera fait, au 1^{er} janvier prochain, un
« inventaire du passif et de l'actif de l'établissement,
« pour servir de base à la répartition des bénéfices
« annuels et à la liquidation de l'association.

« *Art. 5.* — M. Boulin versera à la même époque
« entre les mains de M. Dainvalle une somme de

« 100.000 francs, dont l'emploi aura lieu de concert
« entre les associés.

Art. 6. — Il sera procédé chaque année, le 31 décembre, à l'inventaire de l'établissement. Tout ce qui excédera le montant de l'inventaire originaire augmenté de la somme de 100.000 francs versée par M. Boulin constituera le bénéfice de l'entreprise ; le déficit, s'il y en avait, constituerait la perte.

Art. 7. — Les bénéfices appartiendront à M. Dainville pour $\frac{4}{5}$ et à M. Boulin pour $\frac{1}{5}$. La perte sera subie dans la même proportion.

« *Art. 8.* — Lors de la dissolution de l'association, il sera procédé à sa liquidation. M. Dainville conservera son usine, dont il sera fait une nouvelle estimation, et M. Boulin reprendra, soit en espèces, soit en marchandises ou créances, à son choix, la somme de 100.000 francs versée à M. Dainville. Tout ce qui, sur la masse, excédera l'estimation originaire augmentée de cette somme de 100.000 francs, sera partagé entre les associés dans la proportion fixée à l'article précédent. M. Boulin reprendra également sa part de bénéfices en espèces, marchandises ou créances, à son choix.

« Le déficit, s'il y en avait, serait supporté dans la même proportion. »

L'association en participation peut encore prendre la forme d'une *société en commandite*, c'est-à-dire qu'à côté des associés responsables indéfiniment, il peut y

en avoir d'autres qui ne s'engagent que jusqu'à concurrence de leur mise ou d'une somme fixée d'avance. Ainsi dans l'exemple que nous venons de citer, M. Boulin participe aux pertes pour $1/5$, il aurait pu parfaitement stipuler qu'au lieu de payer $1/5$ des pertes totales, il n'entendait y participer que jusqu'à concurrence de sa mise. Dans ce cas, quelles qu'aient été les pertes de la société, il était assuré de ne pas perdre plus de 100.000 francs, tandis qu'il ne sait pas jusqu'à quelle somme peut monter sa quote part dans les pertes si l'association en participation formée entre lui et M. Dainvalle vient à faire des spéculations malheureuses. Il aurait été un commanditaire au lieu d'être un associé en nom collectif.

Cette solution était déjà admise dans notre ancien droit français (Pothier, *Traité des sociétés*, nos 63, 101 et 102). Les auteurs italiens, qui ne paraissent pas distinguer exactement la participation de la commandite, semblent avoir fait de ce cas particulier la règle générale (1).

Une association en participation pourrait-elle également se constituer par actions? Nous ne croyons pas que cette dernière forme soit compatible avec le véritable caractère de l'association en participation.

Une société par actions en effet est celle dans laquelle le capital social est divisé en plusieurs parties égales

(1) Rote de Gênes. Décis. 46, note 3. CASAREGIS. *Discours* 39.

appelées actions. L'action représente, comme le dit M. Houpin (tome I, page 234), « l'intérêt des membres « d'une véritable société personnifiée par un être « moral » c'est-à-dire que chaque associé a en sa possession un titre représentant une partie de cet être moral et lui permettant à la dissolution de prendre la partie correspondant à son titre ainsi qu'une part des bénéfices réalisés par le tout. Il est donc indispensable pour qu'une société par action puisse se former qu'il y ait un être distinct de la personne des associés. Les associations en participation ne sont pas des personnes morales, elles ne forment pas un être existant par lui-même ; le capital social reste la propriété individuelle des associés. Nous croyons donc qu'il serait contraire à l'essence même de l'action que de vouloir l'appliquer à ces espèces de sociétés. On ne conçoit pas un associé ayant un titre représentant une partie d'un tout qu'il possède tout entier.

De plus le caractère occulte de l'association en participation nous paraît incompatible avec la forme par action. Les sociétés par actions sont des sociétés de capitaux, leur but est de se procurer de l'argent et pour cela il faut qu'elles soient connues des tiers qui désireront faire partie de cette société. Quand bien même les participants prendraient eux-mêmes toutes les actions sans faire appel aux particuliers, le fait même que cette société soit formée par action implique la possibilité de céder ces actions et alors la société

étant connue du public n'aura plus le caractère propre d'une association en participation. La circulation des actions serait une publicité donnée à la société. La majorité des auteurs et la jurisprudence admettent cette théorie. Cependant Vavasseur qui avait d'abord adopté ce système a changé d'opinion et a combattu dans sa seconde édition les arguments qu'il développait dans la première.

Pour lui l'absence du capital social n'est pas un obstacle à la division du capital en un certain nombre d'actions.

Dans les associations en participation il peut y avoir copropriété des mises ou tout au moins des bénéfices ou des pertes que les associés devront se partager. A défaut du capital social on pourrait parfaitement partager en actions cette copropriété indivise ainsi que les bénéfices et les pertes.

La circulation de ces actions dans le public ne changerait pas selon lui le caractère occulte de l'association en participation, car, dit-il (1) : « Société occulte ne veut
« pas dire société secrète, et quoique la négociation du
« titre soit de nature à mettre plus ou moins le public
« dans les confidences de la société, s'il n'est pas
« trompé par les formules employées, s'il a été averti
« qu'il s'agissait bien d'une participation, le procédé
« sera licite. »

(1) Page 154, n° 355.

Il est bien évident que société occulte ne veut pas dire secrète et que les associés ne sont pas obligés de faire un mystère de l'association qu'ils ont formée. Mais nous croyons que si la connaissance pour ainsi dire fortuite que le public peut avoir d'une association en participation n'influe en rien sur son caractère, il n'en serait pas de même d'une publicité volontaire faite par les associés.

Quant à la division du capital en actions, nous ne pensons pas qu'elle puisse être faite quand il s'agit d'une copropriété indivise ou du partage des bénéfices, car nous ne croyons pas qu'un associé puisse avoir besoin d'un titre efficace lui donnant droit à une part d'un objet qu'il possède déjà.

Il faut donc conclure que les formes que l'on peut admettre pour les associations en participation sont seulement la forme en nom collectif et la forme de la commandite simple. Mais elles peuvent adopter toutes les clauses et conditions applicables à ces deux espèces de sociétés.

Cependant la loi est moins rigoureuse pour les associations en participation puisqu'elle les dispense dans l'article 50 des formalités exigées pour les autres sociétés.

Elles ne sont donc pas soumises à l'article 39 du Code de commerce, elles n'ont pas besoin d'être constatées par un acte écrit. De plus les mesures de publicité exi-

gées par les articles 42 et suivants ne leur sont pas imposées.

Les associations en participation ont donc la plus grande latitude pour leur mode de formation, aucune règle fixe n'est requise sous peine de nullité comme dans les autres sociétés. Les modifications apportées à une association en participation suivront les mêmes règles. Elles doivent se faire dans les mêmes formes que l'établissement de la société. Comme lui elles n'ont pas besoin d'acte écrit et sont aussi exemptes des mesures de publicité. C'est ce qu'a décidé entre autres un arrêt de la cour de Paris du 1^{er} mars 1894 rapporté dans le *Journal des Tribunaux de Commerce*, 1895, n° 13105 page 363.

II

PREUVES

Le législateur n'ayant imposé aucune formalité pour la formation de l'association en participation devait se montrer très indulgent dans les modes de preuve exigés en cette matière. Il eût été illogique de demander aux associés des preuves sévères pour prouver la société alors qu'ils avaient la liberté la plus absolue pour la constituer. L'article 49 s'est montré aussi large que possible : « Les associations en participation peuvent

« être constatées par la représentation des livres, de la
« correspondance, ou par la preuve testimoniale si le
« tribunal juge qu'elle peut être admise. »

En cas de contestation, les associés auront donc des moyens faciles de faire connaître aux juges l'existence de leur société et les clauses qui la régissent. Les tiers pourront-ils user de ces modes de preuve? M. Bedarride ne le pense pas, car, dit-il (1), « les associations en participation sont essentiellement occultes, les tiers ne doivent pas en avoir connaissance ils n'ont aucun droit sur les biens de la société qui n'existe pas pour eux ; si on les admet à en faire la preuve, c'est reconnaître qu'elle a une existence indépendante de la personne des associés, ce qui est contraire à la nature même de l'association en participation. »

M. Bedarride, il est vrai, ne parle que de la preuve testimoniale, mais, comme le dit Dalloz (2), son raisonnement conduit à cette conséquence que les tiers ne seraient jamais admis à prouver l'existence d'une association en participation et par conséquent s'applique à tous les modes de preuve. C'est du reste son opinion, car il critique l'arrêt du 28 germinal an XII sur conclusions conformes de Merlin qui avait admis les créanciers à prouver une association en participation par lettre missive ou tout autre écrit.

(1) Tome II, page 243, n° 462.

(2) N° 1638.

Nous croyons que cette opinion est exagérée. Evidemment les tiers sont complètement étrangers à l'association en participation qui n'existe pas pour eux. Mais, comme nous l'avons dit, les associés ne sont nullement tenus de cacher leur société et par conséquent si les tiers en ont eu connaissance pourquoi leur refuser d'en faire la preuve ?

Il peut arriver, par exemple, que les tiers aient traité avec l'un des participants, précisément parce qu'ils le savaient soutenu par d'autres associés qui l'aideraient au besoin à remplir ses engagements. Si les tiers ont intérêt à prouver l'existence de l'association en participation, c'est qu'ils veulent exercer contre les coassociés les droits du participant avec lequel ils ont traité et qui n'a pu remplir ses engagements. Or, M. Bedarride admet (à titre d'exception, il est vrai), que les créanciers personnels d'un participant seraient admis à exercer les droits que leur confère l'art, 1166 du Code civil. Ce qu'il admet comme exception, sera au contraire la règle ordinaire. Ou bien les créanciers auraient été trompés par un autre participant et on ne saurait admettre ni en doctrine ni en jurisprudence qu'une société puisse tour à tour se manifester aux tiers pour capter leur confiance et se dérober lorsqu'il s'agit d'exécuter ses obligations.

Notre solution s'appliquerait aussi bien aux sociétés en participation civiles qu'aux sociétés commerciales.

L'article 49 nous parle tout d'abord de la représen-

tation des livres. Nous savons en effet que le législateur a imposé aux commerçants l'obligation d'inscrire sur des registres leurs opérations commerciales, afin qu'ils puissent se rendre compte de leur situation, et surtout qu'ils puissent prouver les opérations qu'ils ont faites. On ne pouvait pas exiger des écrits séparés pour des actes aussi nombreux.

Mais il y a deux espèces de livres, ceux qui sont obligatoires et ceux qui sont facultatifs. De quels livres l'article 49 veut-il parler ? Nous croyons que l'article 49 ne distingue pas et qu'il admet les uns et les autres. En matière d'association en participation, en effet le législateur a fixé des règles aussi larges que possible, peu importe donc la manière dont la preuve est faite, pourvu qu'elle soit concluante.

Les livres facultatifs serviront donc aussi bien que les livres obligatoires à fournir la preuve des associations en participation. Il en serait de même des livres mal tenus et incomplets, ils pourraient eux aussi servir de preuve, ou tout au moins de présomption en faveur de l'existence de l'association en participation.

« Ce n'est pas à dire, écrit Paul Pont, que, même incomplets ou irréguliers, ils ne puissent pas être admis, sinon comme prouvant par eux-mêmes la participation, au moins comme susceptibles d'en faire présumer l'existence. »

Il n'est pas nécessaire, pour qu'un commerçant offre de faire la preuve par ses livres que son adversaire pré-

sente aussi les siens. Ce dernier, s'il est commerçant, doit tenir une comptabilité qui lui est imposée par la loi. S'il refuse de montrer ses livres, parce qu'ils prouveraient contre lui, ou s'il n'en a pas, il aurait tort de de se plaindre.

La *correspondance* peut aussi servir à prouver une association en participation. Nous avons vu que les associations en participation étaient souvent créées pour faire des actes de commerce passagers, qui ne sont efficaces qu'autant qu'ils sont vite exécutés. Les commerçants n'ont souvent pas le temps de se voir pour arrêter les conditions de la société. Ils pourront s'écrire et en cas de contestations, ils n'auront qu'à produire leurs lettres devant le tribunal.

La *preuve testimoniale* est encore admise en matière d'associations en participation. Les rédacteurs du code de commerce ont été très larges en ce qui concerne les preuves exigées pour les actes commerciaux. Mais ils ont apporté une restriction pour les sociétés commerciales en exigeant un acte écrit et même la loi de 1867 impose un acte authentique pour la formation des sociétés anonymes.

L'article 49 déroge donc aux règles admises pour les sociétés commerciales. Aussi Treilhard, au moment de la rédaction du Code de commerce, s'opposait à ce que les associations en participation eussent une aussi grande liberté dans l'administration de leurs preuves. Il demandait qu'en-dessus de 150 francs il y eût un commence-

ment de preuves par écrit comme l'exige l'article 1341 du Code civil.

Son avis n'a pas prévalu. Regnault de Saint-Jean-d'Angély faisait observer que les associations en participation se formaient souvent dans les foires, dans les marchés, et qu'il était alors difficile d'exiger un acte écrit ou bien même une lettre ou encore une mention sur les livres du commerce. De telles exigences auraient rendu ces associations impossibles.

Mais la preuve testimoniale n'est pas admise sans réserves, le législateur l'a soumise à l'appréciation des juges. « Cela signifie (dit M. Paul Pont, n° 1814, p. 707) « non pas que le tribunal peut déclarer la preuve recevable ou non recevable, mais que, maître souverain de l'admettre ou de ne pas l'admettre, il doit l'ordonner seulement alors que les fait articulés présentent un caractère de gravité ou de pertinence telle que s'ils avaient été établis, il y aurait preuve acquise de la participation alléguée. » Les juges ne sont donc pas forcés de s'en rapporter aux déclarations des témoins, ils peuvent les rejeter s'ils ont des raisons sérieuses de croire qu'elles ne doivent pas être prises en considération.

C'est ainsi que la cour de Liège, dans un arrêt du 3 juin 1883, rapporté dans *Dalloz*, n° 1637, a refusé d'admettre la preuve par témoin pour prouver une association en participation d'une importance considérable. « Attendu, dit cet arrêt, que la société dont le deman-

« leur veut entreprendre la preuve aurait pour objet
« un marché d'une valeur tellement considérable qu'il
« n'y a nulle vraisemblance que les parties s'en fussent
« tenues à une convention purement verbale. »

Tels sont les trois modes de preuves indiqués par l'article 49 en matière d'association en participation. S'ensuit-il qu'on doive exclure les autres preuves. Evidemment non. L'art. 49 n'est nullement limitatif, il a seulement pour but d'indiquer quelques genres de preuves permis. C'est donc pour ainsi dire à titre d'exemples et pour bien montrer qu'à ce point de vue les associations en participation diffèrent encore des autres sociétés. Elles sont affranchies des règles strictes imposées aux autres. Il n'est pas douteux qu'un acte écrit peut servir à prouver l'existence d'une association en participation. C'est une preuve beaucoup plus forte que toutes les autres, sauf cependant l'aveu des parties. Il n'était point besoin de le dire et le silence du législateur sur ce point ne saurait être interprété raisonnablement comme une exclusion de ce mode de preuve le plus usité en droit commun. On peut d'autant moins l'admettre que l'art. 49 du Code de commerce admet des preuves beaucoup moins convaincantes que la preuve littérale.

Mais la preuve littérale dont il s'agit ici devrait-elle être contenue dans un écrit conforme aux prescriptions de l'art. 1325 du Code civil?

On ne saurait s'arrêter à cette solution étroite et cer-

tainement contraire à l'esprit du Code de commerce et aux intentions du législateur. Pour avoir toute son efficacité, l'écrit devra sans doute être régulier; mais la grande liberté laissée par le législateur en matière d'associations en participation nous oblige à admettre que les tribunaux devraient au moins tenir compte, dans une large mesure, d'un écrit qui ne serait pas absolument conforme aux prescriptions de la loi. « Cet
« acte, dit M. Houpin (1), peut servir à établir l'exis-
« tence de la participation, alors même qu'il n'a pas été
« fait en autant d'originaux qu'il y a de parties inté-
« ressées. »

L'*aveu*, le *serment* et même les *présomptions* peuvent servir à prouver une association en participation. Il résulte des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code ont eu l'intention d'être aussi larges que possible dans l'admission des preuves à fournir. Il est donc logique d'admettre que les preuves du droit commun sont applicables aux associations en participation. La jurisprudence s'est toujours prononcée en ce sens. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Bordeaux du
« 14 décembre 1896 (2), qu'une association en partici-
« pation prévue et autorisée par les articles 47 et sui-
« vants du Code de commerce n'est soumise à aucune
« formalité et peut être prouvée par tous les modes de
« preuve admis en matière commerciale et même

(1) *Journal des sociétés*, 1896, p. 176.

(2) P. 808, n° 253.

« par des présomptions graves précises et concordantes, »

Les modes de preuve admis pour prouver la formation d'une association en participation doivent l'être aussi pour prouver toutes les modifications que cette société aurait à subir, au cours de son existence ainsi que sa dissolution. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1831 rapporté par Alauzet sous l'article 49 a admis ce principe : « Attendu que si l'existence d'une « société en participation peut être établie par une « preuve écrite ou testimoniale, sa dissolution peut « aussi être établie par les mêmes moyens, qu'en « jugeant ainsi l'arrêt attaqué n'a pas violé l'article 49 « du Code de commerce..... »

Cette solution devrait être admise lors même que la société en participation aurait été organisée par un acte écrit.

CHAPITRE III

EFFETS DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION

Après avoir étudié les conditions de formation et de validité d'une association en participation, nous devons nous demander maintenant quels effets elle produit. Lorsqu'il s'agit d'une société ordinaire, on a coutume de poser deux questions bien distinctes :

1° Quelle sont les effets de la société à l'égard des associés ?

2° Quels sont les effets de la société à l'égard des tiers ?

La première question se pose évidemment en ce qui concerne les associations en participation ; mais la seconde n'est-elle pas sans objet ? N'avons-nous pas dit précédemment que l'association en participation n'existait pas pour les tiers ?

Nous aurons bientôt à examiner les conséquences de cette idée.

I

EFFETS DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION
ENTRE LES ASSOCIÉSa) *Apport.*

La première obligation imposée à tous les membres d'une société quelle qu'elle soit est de fournir l'apport promis. Dans la convention qui est intervenue entre eux pour la formation de leur association en participation, les associés auront presque toujours fixé une date pour effectuer leur apport. C'est donc à partir de ce jour qu'ils seront débiteurs envers la société. Mais si les associés ne se sont pas expliqués sur ce point, il faudra rechercher qu'elle a dû être leur intention. Il sera facile, d'après le genre d'opérations pour lequel l'association en participation a été formée, de déterminer à quelle époque les apports ont dû être versés pour que la société puisse fonctionner d'une façon efficace. A partir de ce jour, la société sera donc frustrée si l'un des associés ne fournit pas l'apport qu'il avait promis. Il sera alors obligé de réparer le préjudice

causé et pourra être condamné à des dommages-intérêts envers ses coassociés. Mais s'il s'agit d'une somme d'argent qui par conséquent est productive d'intérêts, outre les bénéfices qu'elle aurait pu réaliser, la société perdra les intérêts de cette somme qui aurait dû lui appartenir : l'associé en retard devra donc les intérêts, mais les auteurs ne sont pas d'accord pour décider à partir de quel moment ces intérêts seront dus. Doit-on appliquer l'art. 1846 du Code civil qui fait courir les intérêts de plein droit à compter du jour où la somme aurait dû être payée, ou bien doit-on s'en tenir à l'art. 1153 qui exigeait autrefois une demande en justice, et qui fait courir aujourd'hui les intérêts du jour où une sommation est faite au coassocié en retard (L. 7 avril 1901) ?

Premier système. — L'art. 1846, dit-on, a été écrit pour toutes les sociétés. Nous avons décidé au début de cette étude que les associations en participation étaient de véritables sociétés : il faut donc leur en appliquer toutes les règles générales à moins qu'un texte ne vienne y déroger. Nous ne trouvons nulle part dans le code un article qui permette de supposer que le législateur ait voulu soustraire les associations en participation à l'application de l'article 1846. Elles ont en effet le même but que les autres sociétés : mettre des apports en commun pour réaliser des bénéfices. L'associé en retard frustre donc l'association en participation dont il fait partie, au même titre que l'un des membres d'une société quelconque. Il porte évidem-

ment à ses coassociés le même préjudice, que la société soit publique ou non. Pourquoi vouloir établir pour lui une règle spéciale? Dès lors qu'il a donné son consentement pour faire partie d'une association en participation il a consenti à en assumer les charges et par conséquent à verser son apport. Il sait que la société a besoin de ses capitaux : puisque le but de la société est de les faire fructifier, il lui fait donc subir un préjudice certain. Il n'y a donc pas besoin d'une sommation pour lui faire savoir qu'il frustre la société. Dans une créance ordinaire, au contraire, il est très logique que cette sommation soit imposée. Le but poursuivi par le créancier est de rentrer en possession de ce qui lui est dû, et non de faire fructifier ses capitaux. Tant qu'il ne les réclame pas, on est en droit de supposer qu'il n'en a pas besoin.

Le *second système* s'en rapporte à l'article 1153 et décide qu'une sommation est nécessaire pour que l'associé en retard doive des intérêts.

L'article 1846, disent les partisans de ce système, ne peut pas s'appliquer aux associations en participation parce qu'elles sont d'une nature très différente des autres. En effet, elles n'ont pas de capital social, pas de siège social, elles ne forment pas une personne morale différente de la personne de chaque associé. L'associé en retard ne se trouve pas ici dans les mêmes conditions que s'il faisait partie d'une autre société. Ce n'est pas à une tierce personne appelée *Société* qu'il

doit son apport, mais à ses coassociés. Il se trouvera donc dans la situation d'un débiteur vis-à-vis de son créancier et on devra lui appliquer l'art. 1153, qui contient la règle générale en cette matière. Ce n'est, en effet, que pour partager les résultats des opérations de l'association que les participants se sont associés.

En dehors du partage ils devront donc se trouver pour toutes les opérations dans la situation ordinaire des simples contractants. L'associé qui n'a pas effectué son apport ne devra donc être condamné qu'à des intérêts moratoires dont le quantum est fixé par la loi sur l'intérêt de l'argent et ne saurait être condamné aux autres dommages-intérêts prescrits par l'art. 1846 en matière de société.

Ce système ne nous paraît pas devoir être admis en ce qui concerne les associations en participation. Bien que ces sociétés n'aient pas de personnalité morale, pas de siège social, elles n'en sont pas moins de véritables sociétés et par conséquent soumises aux principes généraux en cette matière.

Presque tous les auteurs refusent aux sociétés civiles la personnalité morale, ils reconnaissent cependant que l'article 1846 leur est applicable.

Il est évident que des dommages et intérêts représenteront plus exactement le préjudice causé. Mais ceci est vrai pour toutes les sociétés. Elles ont toutes le même principe, mettre quelque chose en commun pour réaliser des bénéfices. Elles doivent donc toutes être sou-

mises aux mêmes règles, et si le Code a décidé qu'en outre des intérêts de plein droit, l'associé en retard à verser son apport devait d'autres dommages-intérêts, on doit en conclure qu'il a voulu appliquer cette règle à toute espèce de société et par conséquent aux associations en participation.

Il faut admettre la même solution en ce qui concerne les sommes qu'un associé aurait employées à son profit alors qu'elles étaient destinées à servir aux spéculations commerciales pour lesquelles l'association en participation a été fondée. Il a causé un préjudice à la société et par conséquent l'article 1846 du Code civil lui est applicable tout entier et, dans ce cas comme dans le précédent, il n'y aurait pas besoin d'une demande pour que les intérêts soient dus par l'associé.

b) *Propriété des mises.*

Nous venons de voir que les associés devaient effectuer leur apport, il nous reste à examiner à qui appartiendrait cet apport. Dans les autres sociétés commerciales il n'y a aucune contestation possible : c'est l'être moral qui possède. Mais il ne peut en être ainsi dans les associations en participation qui ne forment pas un être distinct de la personne des associés. Que deviennent donc les mises ? Sont-elles la copropriété de tous les associés ? ou restent-elles la propriété particulière de chacun des associés ?

Les deux systèmes ont des partisans.

1^{er} *système* : Il y a copropriété entre les associés. Les associations en participation étant de véritables sociétés, doivent en avoir tous les caractères généraux. L'article 1832 du Code civil qui exige une mise en commun leur est donc applicable. C'est, en effet, le caractère essentiel d'une société, la mise en commun de capitaux, qui par leur réunion permettent aux associés d'accomplir des actes qu'ils ne pourraient pas faire seuls avec leurs ressources personnelles. Ces apports mis en commun appartiennent donc à tous les associés. Pardessus qui soutient cette théorie ajoute que si l'association en participation ne forme pas un être moral, aussi parfait que les autres sociétés, il n'en est pas moins vrai qu'entre les associés l'être moral existe ; il est inconnu des tiers, pour eux il n'existe pas, mais il produit ses effets entre les associés et en particulier il est propriétaire des mises.

2^e *système* : Chaque associé conserve la propriété de son apport.

Nous savons ce qu'il faut penser de la théorie de Pardessus. Une personne morale étant un être à part, indépendant des personnes associées, doit exister pour tout le monde. Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'envisager un être moral qui aurait des droits et des devoirs restreints comme le veut Pardessus, qui existerait et qui n'existerait pas tout à la fois, selon qu'il est envisagé par rapport aux associés ou aux tiers. La

société en participation n'est donc pas une personne morale qui possède par elle-même les apports.

Nous ne croyons pas qu'il y ait copropriété des mises entre les coparticipants. Dans ces espèces de sociétés, en effet, tout est individuel, chacun agit comme s'il était seul en cause à l'égard des tiers. C'est en son nom qu'il traite avec eux.

Celui des participants auquel ses coassociés ont remis leurs apports, peut en disposer comme de ses biens propres ; mais si ces apports se retrouvent en nature dans les biens des participants, chacun des associés peut en revendiquer la propriété.

Ce qu'il y a de commun entre les associés, c'est l'usage de leurs apports, usage déterminé par le but de la participation, c'est le bénéfice qui proviendra de la mise en valeur de ces apports, de leur aliénation même.

La majorité des auteurs et la jurisprudence se prononcent en faveur de la propriété individuelle des apports. La cour de Douai a adopté cette théorie dans un arrêt du 11 novembre 1897. (D. 98-2-85.)

Les associés conserveront donc la propriété de leur mise, mais la liberté des conventions leur permet de déroger à cette règle. Ils pourront, par une clause du contrat, mettre leurs apports en commun. « Les parties, « dit Houpin (1), étant libres de régler la participation

(1) p. 213. n° 256.

« comme elles l'entendent, peuvent convenir, dans l'acte
« d'association, que les apports et acquisitions seront
« la copropriété des coparticipants, mais, même dans
« cette, hypothèse, la propriété commune ne devient
« cependant pas pour cela propriété sociale, il y a
« indivision. » A la dissolution, ils devront alors se
partager le fonds social au lieu de reprendre leur mise
à titre de propriétaire.

Les membres d'une association en participation peuvent encore, par une clause du contrat, transmettre la propriété des mises au gérant de la société. Cette transmission de propriété peut encore résulter de la nature même des actes faits par les associés. Les associations en participation étant avant tout des contrats essentiellement consensuels, c'est à la volonté des parties qu'il faudra s'en rapporter et rechercher quelle a été leur intention en remettant leurs apports au gérant. Si des objets ont été remis au gérant pour les revendre, celui-ci n'en est que le détenteur. La propriété reste à l'associé qui les a fournis. Ceci résulte de la convention existant entre eux. Le principe de la propriété personnelle des apports existe ici. Il n'y a, en effet, aucune convention qui transmette la propriété des marchandises au gérant chargé de la vente, et les faits ne sont pas de nature à suppléer à cette convention, ils n'indiquent pas l'intention formelle pour l'associé de se départir de la propriété de ses marchandises. De plus, ce transfert de propriété n'est ni nécessaire ni utile

pour l'accomplissement de l'opération commerciale en vue de laquelle l'association en participation a été formée.

La cour de Paris, dans un arrêt du 5 juillet 1892 (1), permet à un associé en participation de revendiquer une tour Eiffel en diamants qu'il avait remise à un coassocié pour la vendre. Celui-ci étant tombé en faillite, les créanciers réclamaient la tour comme faisant partie du patrimoine du failli qui en était possesseur, et ils avaient obtenu gain de cause devant le tribunal de commerce de la Seine, le 24 décembre 1890.

Il en serait de même des choses achetées pour le compte de l'association en participation. L'acheteur a agi en son nom, avec des fonds lui appartenant, car, qu'ils lui soient propres ou qu'ils lui aient été fournis par un de ses coassociés, il en est toujours propriétaire. Il a donc traité comme s'il était seul en cause, n'étant lié à ses coassociés par aucun contrat de mandat ou de commission. L'opération a été faite par lui, en son nom seul, elle lui appartient tout entière avec tous ses résultats, il devra seulement rendre compte aux autres membres de la société des opérations qu'il aura faites.

La cour de cassation a admis cette théorie dans un arrêt du 27 mai 1893. (*Journal des Tribunaux de commerce*, 1894, n° 12704, p. 691.)

(1) *Journal des Tribunaux de commerce*, 1893, p. 403, n° 1570.

« Attendu que l'association en participation n'a pas
« une personnalité distincte de celle des associés, que
« ceux-ci opèrent individuellement et en leur propre
« nom, sauf le compte des profits et pertes qu'ils ont à
« se rendre, et n'ont aucun *droit de copropriété* sur les
« choses achetées par l'un d'eux pendant la durée de
« l'association, d'où il suit que l'un quelconque des
« participants peut saisir les choses qu'il a achetées
« personnellement au cours de l'association et dont il
« est seul propriétaire sans que les autres participants
« puissent rien revendiquer des objets ainsi saisis. »

Le principe de la propriété individuelle des mises dans les associations en participation conduit à des conséquences qui sont toutes différentes de ce qui a lieu dans les sociétés ordinaires.

Dans les autres sociétés commerciales l'apport fourni par un associé ne lui appartient plus, il est la propriété de la personne morale qui, seule, a le droit d'en disposer. Ici, à moins d'une convention contraire, l'associé en participation reste maître absolu de son apport. Il peut donc en disposer à son gré, l'aliéner, l'hypothéquer si c'est un immeuble. Il n'aura qu'à rendre compte de ses actes à ses coparticipants, conformément aux conventions adoptées, et en tous cas au plus tard à la *dissolution* de la société. Cette conséquence est tout-à-fait logique lorsque l'associé est encore en possession de son apport; les tiers en traitant avec lui l'ont considéré comme un particulier, ils seraient lésés si un membre

d'une société qu'ils n'ont pas pu connaître venait à revendiquer un droit sur la chose qui a été aliénée à leur profit. Mais si l'associé a transmis la possession de son apport à un de ses coassociés, pour le vendre par exemple, nous venons de décider qu'il en conservait la propriété. Les tiers qui ont considéré le vendeur comme propriétaire auront donc acheté *a non domino*. Cela est vrai, mais l'aliénation consentie à leur profit sera valable comme émanant d'une personne ayant qualité pour le faire. L'associé propriétaire en remettant la possession de son apport à son coassocié a eu confiance en lui et a accepté d'avance les résultats de l'opération. Ce dernier a agi en vertu d'un mandat résultant de la constitution de la société en participation.

Perte de la chose. — En appliquant le principe général, *res perit domino*, nous arrivons à des résultats tout à fait opposés à ceux qui se présentent dans les autres sociétés. Tous les associés étant copropriétaires des mises, du fonds social, subissent tous la perte en qualité de propriétaires. Il en serait de même dans les associations en participation, si une clause du contrat avait établi la copropriété des biens apportés ou achetés par les associés. Mais en règle générale, les apports resteront la propriété individuelle des associés : s'ils viennent à périr, le propriétaire seul éprouve la perte.

Est-ce à dire pour cela que ses associés ne lui devront rien ? Delamarre et Lepoitvin l'ont soutenu, car, disent-ils, la règle est formelle, la perte doit être subie par le

propriétaire, le coassocié n'ayant aucun droit sur l'objet qui a péri ne doit rien.

Nous croyons que cette opinion est exagérée. Paul Pont (1) admet que les risques sont attachés à la propriété, mais une convention contraire peut déroger à ce principe et, dans une association en participation, il semble bien que les associés aient voulu mettre les risques en commun. Le but de la société, en effet, est de partager les bénéfices et les pertes. Supposons que les objets apportés se soient détériorés et qu'ils aient été vendus avec perte, il est bien évident que tous les participants devront subir le préjudice causé par la détérioration. Il doit en être ainsi en cas de perte, car la perte peut être considérée comme la détérioration de l'objet au suprême degré. Nous croyons donc que le propriétaire de l'objet apporté ou acheté doit seul subir les pertes; mais à la dissolution de l'association en participation cette perte doit être répartie entre tous les associés au même titre que l'auraient été les bénéfices; elle doit entrer en ligne de compte dans l'évaluation des résultats et le propriétaire de la chose perdue ne perdra en définitive que sa part dans la valeur de la chose. « Si peu d'instantes après que le participant a
« acheté des marchandises objet de l'association, nous
« dit Alauzet (2), elles viennent à périr, son associé
« ne supporte pas cette perte pour sa part en qualité

(1) N° 1831, p. 715.

(2) T. I, p. 183.

« de propriétaire, car aucune partie de ces marchan-
« dises n'a jamais été sa propriété, mais le dommage
« souffert par l'acheteur est une suite directe de l'affaire
« traitée en commun et son participant ne peut refuser
« de l'indemniser jusqu'à due concurrence. »

M. Houpin, partisan de la répartition de la perte entre les associés à la dissolution de la société, y ajoute cependant une restriction. « Quand la perte provient
« d'un événement fortuit qui serait arrivé même sans
« l'association, elle (la perte) est supportée par le pro-
« priétaire, mais elle doit être supportée par tous les
« participants quand elle provient de risques inhé-
« rents à l'opération entreprise en commun. » C'est aussi l'opinion de M. Ruben de Couder (1). Cette opinion nous paraît exagérée. Un associé a acheté une certaine quantité de blés pour le compte d'une association en participation dont il fait partie, il en est propriétaire ou bien encore il donne comme apport tout le blé contenu dans son grenier. Supposons qu'un incendie détruise toute la marchandise. C'est un cas fortuit tout à fait indépendant des opérations exigées pour le fonctionnement de l'association en participation, le propriétaire seul devrait donc subir la perte. Ceci nous paraît impossible. Si en effet, les marchandises, au lieu d'avoir été détruites, avaient seulement été délivrées, tous les associés auraient participé aux pertes, pourquoi dans le cas

(1) V. Participation, n° 63.

de destruction complète les exempter du préjudice causé.

Il faut, croyons-nous, décider que les pertes seront subies par tous les associés toutes les fois que le propriétaire de l'objet décrit ne sera pas en faute. Il serait seul responsable s'il avait négligé d'apporter ses soins aux objets qui font partie de la société, ou s'il s'était servi de ces objets pour son usage personnel et non en vue de l'utilité commune.

Faillite. — Le principe de la propriété individuelle des mises dans les associations en participation a encore son application en cas de faillite de l'un des coparticipants. Il faut noter tout d'abord que l'association en participation, contrairement à toutes les autres sociétés commerciales, ne peut faire faillite. Il ne peut y avoir que des faillites individuelles des coassociés. Si l'un d'eux tombe en faillite, l'apport dont il n'a pas transmis la propriété à un autre participant, chargé de faire les opérations de la société, fera partie de l'actif de la faillite et restera par conséquent le gage de tous ses créanciers. Les coassociés en effet ne sont pas les copropriétaires du fonds social. Ils n'auront qu'un droit de créance sur l'ensemble des biens du failli et viendront en concurrence avec les autres créanciers. Si l'associé tombé en faillite avait versé son apport et en avait transmis la propriété à celui des participants qui est chargé des affaires de la société, cet

par les statuts de la société. Il ne saurait en être de même quand il s'agit d'une association en participation. Nous savons déjà qu'à l'égard des tiers l'association n'existe pas. Par conséquent, chaque associé est censé agir pour son compte personnel et si un gérant a été chargé des opérations de la société, il ne saurait être considéré comme un simple particulier vis-à-vis des tiers. Les règles sur ce point seront d'ailleurs les mêmes qu'il s'agisse d'un gérant ou d'un associé quelconque chargé de faire les opérations de la société.

Quels sont les pouvoirs du gérant de l'association en participation et quels sont aussi ses devoirs soit à l'égard des coparticipants, soit à l'égard des tiers ?

Pouvoirs. — Le gérant a la liberté la plus absolue pour administrer la société comme il l'entend. Il agit en son nom personnel en qualité de propriétaire ou en qualité de mandataire du participant qui resterait propriétaire de l'objet aliéné et non pas comme dans les autres sociétés au nom des coassociés. Il peut donc faire toutes les opérations commerciales qui lui paraissent utiles à la gestion de la Société. Il peut même faire des actes de disposition qui dépassent les pouvoirs d'un administrateur ordinaire. Il peut aliéner les meubles qu'il a en sa possession et les meubles dont il est propriétaire ; il peut les hypothéquer. La seule restriction apportée à ses pouvoirs est que tous ses actes doivent tendre au but que s'est proposé la société et non pas tendre à son profit personnel. Il doit donc

chercher à réaliser des bénéfices et par conséquent il ne peut pas aliéner à titre gratuit. La donation que le gérant ferait d'une partie du fonds social serait bien valable à l'égard du donataire, car étant propriétaire il a le droit de disposer de ses biens à sa guise, mais envers ses coassociés il serait responsable des objets qu'il a ainsi soustraits à l'emploi pour lequel ils lui avaient été remis et devrait réparer le préjudice qu'il a causé à ses coassociés.

Agissant en qualité de propriétaire, il en résulte que toutes les opérations sont faites en son nom seul et lui appartiennent en propre. Tous les objets achetés par le gérant seront donc sa propriété, feront partie de son patrimoine, et nous avons vu qu'en cas de faillite d'un associé, toutes les acquisitions faites avec les fonds mêmes de la société par cet associé font partie de l'actif de la faillite. Les coparticipants n'auraient donc aucun droit de propriété et ne pourraient les revendiquer ni revendiquer en général, par préférence aux créanciers personnels du failli le profit des opérations effectuées par lui au nom de la société. Ils n'auraient qu'un simple droit de créance et viendraient en concours avec les créanciers personnels du failli. Mais il est possible que le gérant ne soit pas propriétaire de l'objet qui sert à réaliser une opération de la société. Il se peut que l'on combine les règles du mandat avec celles de la participation. Le gérant, dans ce cas, n'est pas propriétaire, soit que l'un des associés lui ait remis la marchandise

par les statuts de la société. Il ne saurait en être de même quand il s'agit d'une association en participation. Nous savons déjà qu'à l'égard des tiers l'association n'existe pas. Par conséquent, chaque associé est censé agir pour son compte personnel et si un gérant a été chargé des opérations de la société, il ne saurait être considéré comme un simple particulier vis-à-vis des tiers. Les règles sur ce point seront d'ailleurs les mêmes qu'il s'agisse d'un gérant ou d'un associé quelconque chargé de faire les opérations de la société.

Quels sont les pouvoirs du gérant de l'association en participation et quels sont aussi ses devoirs soit à l'égard des coparticipants, soit à l'égard des tiers ?

Pouvoirs. — Le gérant a la liberté la plus absolue pour administrer la société comme il l'entend. Il agit en son nom personnel en qualité de propriétaire ou en qualité de mandataire du participant qui resterait propriétaire de l'objet aliéné et non pas comme dans les autres sociétés au nom des coassociés. Il peut donc faire toutes les opérations commerciales qui lui paraissent utiles à la gestion de la Société. Il peut même faire des actes de disposition qui dépassent les pouvoirs d'un administrateur ordinaire. Il peut aliéner les meubles qu'il a en sa possession et les meubles dont il est propriétaire ; il peut les hypothéquer. La seule restriction apportée à ses pouvoirs est que tous ses actes doivent tendre au but que s'est proposé la société et non pas tendre à son profit personnel. Il doit donc

chercher à réaliser des bénéfices et par conséquent il ne peut pas aliéner à titre gratuit. La donation que le gérant ferait d'une partie du fonds social serait bien valable à l'égard du donataire, car étant propriétaire il a le droit de disposer de ses biens à sa guise, mais envers ses coassociés il serait responsable des objets qu'il a ainsi soustraits à l'emploi pour lequel ils lui avaient été remis et devrait réparer le préjudice qu'il a causé à ses coassociés.

Agissant en qualité de propriétaire, il en résulte que toutes les opérations sont faites en son nom seul et lui appartiennent en propre. Tous les objets achetés par le gérant seront donc sa propriété, feront partie de son patrimoine, et nous avons vu qu'en cas de faillite d'un associé, toutes les acquisitions faites avec les fonds mêmes de la société par cet associé font partie de l'actif de la faillite. Les coparticipants n'auraient donc aucun droit de propriété et ne pourraient les revendiquer ni revendiquer en général, par préférence aux créanciers personnels du failli le profit des opérations effectuées par lui au nom de la société. Ils n'auraient qu'un simple droit de créance et viendraient en concours avec les créanciers personnels du failli. Mais il est possible que le gérant ne soit pas propriétaire de l'objet qui sert à réaliser une opération de la société. Il se peut que l'on combine les règles du mandat avec celles de la participation. Le gérant, dans ce cas, n'est pas propriétaire, soit que l'un des associés lui ait remis la marchandise

en lui donnant l'ordre de la vendre, soit qu'il ait reçu des fonds de son coassocié avec mission de les employer à certains achats. C'est le bailleur de fonds qui sera propriétaire des marchandises achetées (1) et il pourra les revendiquer en cas de faillite du gérant. Il peut arriver que, par suite des conventions contenues dans les statuts ou de conventions postérieures aux statuts, les objets sur lesquels porte la participation soient indivis entre les coassociés. Alors la faillite du gérant en possession de la chose ne pourrait prétendre qu'à sa part indivise sur cette chose. Les coassociés pourraient donc reprendre soit leur part dans cette chose, soit leur part de la créance du prix qui en est dû sans déduction de leur contribution dans le passif de la faillite (2).

Le gérant d'une association en participation a le pouvoir de céder les créances qui ont une cause sociale et par conséquent d'endosser les effets qui sont souscrits au nom de la participation. Toutefois si les billets transmis au gérant avaient été souscrits par tous les associés, ou s'il ressortait de leur rédaction qu'ils sont la propriété commune de tous les coassociés, le gérant ne pourrait valablement en faire le transport qu'à la condition de prouver qu'il avait mandat de le faire de la part de tous les participants. Faute de cette preuve, la transmission opérée par le gérant ne serait valable que

(1) Nancy, 5 juin 1869. D. 172. 2. 166.

(2) Dijon, 11 février 1874, D. 75. 2. 55.

pour sa part. Des tiers aux participants, dit Bédaride, « il n'y a pas de société ! ceux qui traitent avec le gérant ne traitent qu'avec lui. Il est dès lors évident qu'ils ne peuvent tenir régulièrement de lui des droits appartenant évidemment à d'autres (1). »

Le gérant de la société en participation aurait évidemment qualité pour réclamer aux participants en retard, le versement de leur apport et pour les poursuivre, le cas échéant, en dommages-intérêts pour ce retard. Il aurait encore le droit de les poursuivre pour se faire rembourser des sommes qu'il a dépensées et se faire indemniser des pertes qu'il a subies en administrant l'association en participation.

« Chacun des participants, dit M. Houpin, notamment le gérant, a le droit de répéter les sommes qu'il a déboursées pour le compte de la participation et de se faire indemniser des engagements qu'il a contractés dans l'intérêt commun et des pertes qu'il a éprouvées.

« Dans ces différents cas et dans tous ceux où l'un des associés a un recours contre ses coparticipants, ils ne peuvent exercer aucune action solidaire. Il ne saurait agir contre chacun que proportionnellement à sa part dans les pertes. (Houpin, page 217, n° 266). »

M. Houpin en reconnaissant à l'associé gérant le droit

(1) II p. 328. Cf. DALL. *Rép. alph.* V° Sociétés, n° 1681. Poulle *loc. cit.*, n° 193.

de poursuivre ses coassociés pour obtenir la part qu'ils doivent prendre dans les pertes, lui refuse cependant une action solidaire contre eux. Telle est, en effet, l'opinion des auteurs et de la jurisprudence.

Le gérant est tenu de réclamer à chaque associé sa part, il ne peut réclamer le tout à un seul. En effet, la solidarité ne se présume pas, elle doit résulter d'un texte formel. Or, le Code de commerce, lorsqu'il parle de la solidarité, l'envisage toujours à l'égard des tiers, jamais entre associés. « Même dans les sociétés en nom collectif, la solidarité n'existe pas entre les associés » (1).

Il existe cependant un texte du Code civil, l'art. 2002, qui vise une hypothèse assez voisine de la nôtre.

Le mandataire de plusieurs personnes a une action solidaire contre elles pour les effets du mandat qu'elles lui ont donné. Mais il faut remarquer que la situation ici est très différente, car le gérant agit plutôt comme associé que comme mandataire vis-à-vis de ses coassociés. « Le gérant, nous dit Paul Pont(2), ne pourrait exciper de l'art. 2002 du Code civil, qui donne l'action solidaire au mandataire constitué pour une affaire commune, car dans ses rapports avec ses coassociés, il est régi uniquement par le contrat de société c'est seulement vis-à-vis des tiers qu'il pourrait être

(1) DALLOZ, *Rép. alph.*, *loc. cit.*, n° 2.

(2) N° 1837, p. 719.

« considéré comme mandataire de ces derniers. Il ne
« saurait donc agir contre chacun que proportionnelle-
« ment à sa part dans les pertes. »

Nous reviendrons sur cette question de la solidarité lorsque nous étudierons les effets de l'association en participation à l'égard des tiers.

On ne peut pas dire que le gérant représente ses co-associés en justice puisqu'il n'y a pas de société à l'égard des tiers. Mais cependant, la décision judiciaire qui a été rendue contre le gérant pour des opérations relatives à la société, n'est pas *res inter alias acta* à l'égard des participants. D'où il suit que ces derniers ne pourraient former une tierce opposition au jugement qui leur préjudicie sous prétexte qu'ils n'ont été ni appelés ni représentés au procès (sauf le cas de fraude, bien entendu).

« Tout ce qui est jugé contre le gérant l'est égale-
« ment au regard des autres participants, dit M. Hou-
« pin (p. 214, n° 259) ; ceux-ci ne peuvent donc atta-
« quer par la voie de la tierce opposition les jugements
« rendus contre lui ni intervenir sur appel dans une
« instance engagée, sauf le cas de fraude organisée
« entre le gérant et les tiers pour détourner le fonds
« social. »

Ils ne pourraient pas non plus se prévaloir de l'art. 466 du Code de procédure civile puisque ce texte ne per-

met l'intervention que de la part « de ceux qui avaient « droit de former tierce opposition (1) ».

Il peut sembler étrange que le gérant d'une participation demande une rétribution en dehors de sa part dans les bénéfices et en l'absence d'une convention préalable à cet égard. Cependant la Cour de Douai (1^{er} mars 1850) (2) semble admettre cette théorie, mais à la condition toutefois que telle ait été l'intention des parties. Il nous semble que cette dernière condition est indispensable; car le plus souvent, dans une opération en participation, l'industrie du gérant, son activité constituerait tout son apport. Le juge du fond peut fixer le montant de cette rémunération lorsque cette rémunération n'a fait l'objet d'aucune convention spéciale (Req. 3 fév. 1879. D. 79. 1. 308).

Obligations du gérant. — Le gérant, avons-nous dit, agit comme associé, il peut aussi agir comme mandataire, car les règles du mandat peuvent évidemment se combiner avec celles de la participation. Mais quel que soit son rôle, il est tenu d'une obligation principale : celle de rendre compte de ses actes à ses coassociés. C'est la contre-partie des pouvoirs étendus qu'il détient comme gérant d'une participation. A quel moment doit-il rendre ses comptes ? Il semble tout d'abord qu'il ne devrait rendre des comptes qu'à la fin de sa gestion.

(1) DALL. *Rep. alph. sup.* V. Société, n° 2040. PONT, VII *bis*, n° 722.

(2) D. 1850. 2. 190.

Telle est l'opinion de M. Vincens qui estime que les participants ne sont associés « que pour le profit ou la perte « finale et non pour la propriété (1). M. Dupin pensait aussi que « tant que l'association n'est pas arrivée à sa « fin, le compte des parties ne peut être arrêté ; il ne « peut y avoir que des aperçus auxquels chaque jour « apporte des changements. »

Cette théorie acceptable, alors que la participation a été fondée en vue d'une seule affaire, a été rejetée avec raison par les auteurs et par la jurisprudence, lorsque la participation s'étend à un nombre d'affaires illimité (2). Cette dernière solution est certainement équitable et plus conforme aux usages du commerce. C'est une règle adoptée par toutes les autres sociétés et il n'y a aucune bonne raison pour y déroger en matière de participation. Il n'est pas de l'essence de l'association en participation que les associés non gérants se désintéressent des opérations de la société. Ils ne peuvent, il est vrai, s'opposer aux actes du gérant, ni le révoquer s'il est associé ; mais si, contrairement à leurs prévisions, le gérant est incapable, commet des fautes lourdes ou des actes contraires aux intérêts de la société, il est indispensable que les associés non-gérants puissent s'en rendre compte et provoquent au besoin la déchéance du gérant devant les tribunaux ou la disso-

(1) *Législation commerciale*, II, p. 380.

(2) Rouen, 31 juillet 1845. D. 46. 2. 26. Civ. rej. 8 juillet 1887. D. *Rép. alph. sup.* n° 2053. Lyon-Caen et Renault, II, 1064.

lution de la société, si le gérant ne peut être révoqué parce qu'il est gérant statutaire ou parce qu'il est associé. Les actes accomplis jusque-là par le gérant n'en seront pas moins inattaquables ; mais il importe du moins d'arrêter des opérations désastreuses pour l'association et d'enlever au gérant les moyens d'achever peut-être la ruine de la société. Et puis, pourquoi faire attendre aux participants, pendant un grand nombre d'années peut-être, leurs parts dans les bénéfices ? La solution que nous combattons et qui est d'ailleurs repoussée par les auteurs, par la jurisprudence, aurait pour effet d'empêcher la formation de sociétés en participation.

Le gérant propriétaire des apports qui lui ont été remis devra seul en subir la perte, du moins lorsque cette perte résultera de sa faute ou tout au moins d'un cas fortuit. C'est le Droit commun. Il doit faire connaître l'emploi qu'il a fait des apports qui lui ont été remis ou des choses qu'il a achetées pour le compte de la participation. « En toute hypothèse, dit Paul Pont (1), « où il aurait dépassé ses pouvoirs, le gérant serait « responsable vis-à-vis de ses coassociés, mais les « actes par lui faits ne seraient pas nécessairement « annulables. » Si le gérant a dépassé les pouvoirs que ses coassociés lui avaient donnés, soit expressément, soit tacitement, il est responsable envers eux et doit

(1) Page 722, n° 1845.

réparer le préjudice qu'il leur a causé de ce fait. Nous avons déjà dit que le gérant ne pouvait aliéner à titre gratuit les biens sociaux. Il serait responsable envers les participants du préjudice que leur cause une telle aliénation. De même si le gérant avait employé pour son usage personnel des biens apportés ou achetés. Il aurait en effet frustré ses associés en détournant le fonds social du but pour lequel il lui avait été confié. Il devrait donc réparer le préjudice causé.

Les juges du fond apprécient souverainement si le gérant a conduit les affaires avec loyauté et conformément aux conventions admises (1). Le gérant de la Société en participation a une responsabilité analogue à celle du gérant de la Société en commandite.

Il ne saurait, sans encourir une lourde responsabilité s'écarter des limites qui lui ont été assignées. Ainsi on a jugé que le gérant qui vendait à terme, bien que les clauses de la participation ne lui permissent que des ventes au comptant était responsable du recouvrement de la créance (Nantes 25 déc. 1885); que le gérant chargé d'acheter un nombre limité de titres d'une Société et qui en acquérait un plus grand nombre demeurait responsable du marché tout entier (2).

A plus forte raison le gérant serait-il responsable des

(1) Civ. rejet 19 nov. 1873, D. 1874, 1-152.

(2) Trib. de Commerce de la Seine, 29 avril 1890, *Journal des tribunaux de Commerce*, XL, p. 190.

fautes intentionnelles qu'il a pu commettre dans ses opérations.

Mais on ne saurait lui demander compte que des fautes qu'il ne commettrait pas lui-même dans la gestion de ses propres affaires, car les associés devaient le connaître avant de lui confier leurs intérêts et leurs biens et on ne saurait lui demander pour gérer les affaires des autres une diligence dont il n'est peut-être pas capable.

Le gérant est-il obligé de tenir une comptabilité particulière des opérations qu'il fait pour la participation, ou peut-il se contenter de mêler les affaires de l'association à ses affaires personnelles ? La question est controversée. On dit que l'association n'étant pas une personne morale n'a pas d'individualité propre et qu'il est inutile de lui ouvrir une comptabilité spéciale (Pouille, n° 293). Mais il est préférable pour la clarté des affaires de refuser une comptabilité spéciale. (Cf. Trib. de commerce de la Seine, 6 déc. 1892.)

Si le gérant est responsable de ses fautes, il doit de ce chef des dommages-intérêts à ses coassociés. Il peut arriver aussi que l'association en participation, comme toute société, subisse de grosses pertes malgré l'activité et l'habileté même du gérant. On ne saurait admettre qu'il en est responsable. Non seulement ce serait contraire à l'équité mais encore ce serait absolument contraire à la loi qui déclare nulle la clause « qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes

« ou effets, mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés. » (C. civ. art. 1855 al. 2). La seule différence entre l'association en participation et les sociétés ordinaires, c'est que dans l'association en participation le gérant seul se trouve exposé aux poursuites des tiers puisque les autres associés ne sont pas connus légalement, qu'ils ont cru traiter avec un simple particulier et n'ont compté que sur la solvabilité du gérant. Si le gérant n'est pas en faute, il peut comme nous l'avons déjà dit, exercer un recours contre ses coassociés pour les contraindre à participer aux pertes. C'est en vue de partager les bénéfices et aussi de supporter en commun les pertes que les associés se sont réunis : c'est le but de l'association en participation. Si les associés non gérants peuvent paraître de simples particuliers pendant les opérations qui intéressent la société, il faut se souvenir de leur qualité d'associés au moins lorsqu'il s'agit de liquider les résultats.

Nous avons maintenant à rechercher dans quelle mesure chacun des associés doit contribuer aux pertes. Pour résoudre cette question il faut rechercher quel caractère les associés ont entendu donner à l'association en participation. Nous savons que cette société peut se rapprocher de la Société en nom collectif et de la Société en commandite (Cf. p. 13 et sq.). Le plus souvent rien n'est spécifié à cet égard dans la convention. Alors les associés, d'après la plupart des auteurs et aussi la jurisprudence sont considérés comme des associés en nom

collectif, et, comme tels, ils sont tenus sur tous leurs biens. C'était l'opinion de Pothier dans l'ancien Droit (1).
« L'associé inconnu, disait-il, est tenu indéfiniment pour
« la part qu'il a dans la société d'acquitter son coassocié
« des dettes qu'il a contractées pour la Société. »

Les auteurs modernes se prononcent aujourd'hui dans le même sens (2).

Les associés doivent donc participer aux dettes et pertes de la société, quelque élevées qu'elles puissent être ; ils doivent se les partager dans les mêmes proportions que les bénéfices. Quand ils ont formé leur association en participation, les associés ont envisagé les bénéfices qu'ils pourraient réaliser, ils ont alors dû décider dans quelles proportions ils se les partageraient. Les pertes doivent être supportées dans les mêmes proportions. Ainsi, dans l'exemple que nous avons cité plus haut, l'industriel devait s'approprier les $\frac{4}{5}$ des bénéfices et le banquier $\frac{1}{5}$. Les pertes auraient dû être supportées dans les mêmes proportions quand bien même ils ne l'auraient pas dit dans l'acte constitutif de leur association en participation. Si les associés sont restés muets sur la question du partage des résultats, ils ont tous droit à une part proportionnelle à leur apport dans les bénéfices et, par conséquent, ils doivent se partager également les pertes en parties pro-

(1) *Contrat de Société*, n° 101.

(2) MOLINIER, n° 617. BROUARD, D. p. 481. PONT, n° 1824. Lyon Caen et RENAULT, n° 532.

portionnelles à leur mise. C'est le droit commun. (C. civ., art 185.)

La liberté des conventions leur permet de déroger à cette règle générale. La clause qui attribuerait à l'un des associés une part plus grande dans les bénéfices que dans les pertes, ne serait pas une cause de nullité, car la loi demande une participation aux pertes et aux bénéfices sans en fixer le quantum. Il n'en serait pas de même si l'un des associés était exclu des pertes, car alors il y aurait une société léonine, et l'article 1855 interdit ces espèces de sociétés.

Il serait encore permis aux participants de limiter leur perte au montant de leur mise. Dans ce cas, si la société est en déficit, le gérant est seul responsable indéfiniment, il n'a le droit de réclamer à ses associés que le montant intégral de leurs mises. La même solution s'impose lorsque l'association en participation a revêtu la forme d'une commandite. Le caractère propre de cette espèce de société est de n'obliger le commanditaire que jusqu'à concurrence de l'apport qu'il a fourni. Il est donc libéré de toutes ses obligations envers la société lorsqu'il a effectué l'apport promis.

Les mêmes règles seraient applicables au cas où l'un des coassociés serait insolvable au moment de la liquidation de la société. La part des pertes qu'il devrait supporter serait partagée entre tous les membres de l'association en participation proportionnellement à la part qu'ils devraient avoir dans les bénéfices. Les asso-

ciés doivent en effet supporter toutes les pertes subies par la société, quelle qu'en soit la cause.

Droits des associés. — Le droit essentiel des coparticipants est de demander au gérant un règlement de comptes à la fin de l'opération ou des opérations pour lesquelles l'association en participation a été créée. Nous avons déjà dit que l'association en participation a été créée en vue de faire un certain genre d'opérations en nombre illimité. On ne saurait admettre que les coparticipants soient tenus d'attendre la dissolution de la société pour demander des comptes au gérant. Leur intérêt dans la société serait purement éventuel et peut-être purement illusoire. Si l'association en participation n'existe pas aux yeux des tiers, elle a cependant une existence réelle à l'égard des associés, elle a une organisation intérieure et chaque associé doit pouvoir se rendre compte de la marche de l'association. « Dans
« leurs rapports intimes, dit M. Troplong (1), les parti-
« cipants me paraissent être sur le pied d'associés ; la
« qualité d'associé leur convient mieux que toute
« autre. »

Il semble donc tout naturel que les associés puissent convenir entre eux que des comptes périodiques seront établis et même que des répartitions d'intérêts ou de dividendes pourront être faites périodiquement aux associés. N'est-ce pas d'ailleurs conforme aux coutumes commerciales, aux usages des sociétés ?

(1) TROPLONG. *Op. cit.*, n° 493.

M. Ph. Dupin objectait que, pendant la durée de l'association, tout devait rester provisoire entre les coassociés. Sinon, on pourrait partager des bénéfices alors que le résultat final des opérations de l'association se traduira par des pertes et, en sens inverse, « on ne peut « demander à l'un des participants qu'il couvre de pré-
« tendues pertes que les opérations ultérieures peuvent couvrir » (1). Mais il en est de même dans toute société de commerce. On peut partager des bénéfices sans savoir s'il n'y aura pas, dans la suite, des pertes à couvrir. De même des associés peuvent être appelés à verser des fonds pour couvrir des pertes, et cela indéfiniment si la société est en nom collectif. Si elle est en commandite, par actions par exemple, ou anonyme, on demandera aux associés le complément de leurs apports s'ils n'ont pas libéré entièrement leurs actions, et l'on pourra, au besoin, émettre des actions nouvelles ou des obligations. Ce qui n'empêche que, dans la suite, la société peut revenir à meilleure fortune et distribuer de nouveau des dividendes. Pourquoi en serait-il autrement dans les associations en participation ? La jurisprudence a admis cette théorie. « Attendu, dit la cour de Rouen (Dall., « *loc. cit.*), que la participation, sauf les dispositions « des articles 49 et 50 du Code de commerce, reste « soumise à toutes les prescriptions résultant des « principes généraux du Droit, toutes les fois que la

(1) Cf DALL., 46, 2, 6 et note.

« convention ou l'usage n'y a pas dérogé. Il est de
« principe comme d'usage dans les sociétés commer-
« ciales que les bénéfices ou les pertes constatées par
« les inventaires se répartissent chaque année entre
« les associés » (Rouen, 31 juillet 1845, rapporté dans
Paul Pont, n° 1835, p. 718.) Dalloz et Paul Pont par-
tagent les idées de la cour de Rouen. Il est plus équitable
et plus conformes aux règles du commerce de
liquider la situation tous les ans. Il ne serait pas juste
que le gérant profitât seul des bénéfices ou supportât
seul les pertes pendant toute la durée de l'association
en participation si elle existe pendant plusieurs années.
Il faut partager les bonnes et les mauvaises années afin
que certains associés ne soient pas avantagés au détriment
des autres, qu'il y ait entre eux une égalité aussi
grande que possible.

Dans la pratique, les associations en participation
sont de courte durée et la question que nous venons
d'examiner est rarement soulevée. Nous ne connaissons
pas sur cette question d'arrêt intéressant postérieur à
celui que nous venons de citer et qui remonte à 1846.

Les statuts d'une association en participation contiendront ordinairement une clause à cet égard. En l'absence de toute convention, il faudrait s'en tenir au droit commun, car l'association en participation est une véritable société soumise à toutes les règles des sociétés en ce qui concerne les rapports des coassociés entre eux.

II

EFFETS DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION
A L'ÉGARD DES TIERS

Les associations en participation qui, avons-nous dit, sont de véritables sociétés à l'égard des associés, n'ont aucune existence légale aux yeux des tiers. Ceux-ci ne connaissent pas la société, ils ne peuvent donc rien exiger d'elle ni être obligés par elle. Les sociétés ordinaires forment au contraire des personnes morales indépendantes de la personne de leurs membres.

Elles ont donc leur patrimoine distinct, des créanciers, des débiteurs. Ce patrimoine est détenu, il est vrai, par quelques associés ou par l'un d'eux, mais il ne se confond pas avec le patrimoine de l'associé détenteur. Aussi les créanciers sociaux ont-ils un droit exclusif sur ce patrimoine à l'encontre des créanciers personnels de l'associé détenteur. Ceux-ci ne peuvent avoir que l'action oblique de l'article 1166 du Code civil pour exercer le droit de créance que leur débiteur pourrait avoir contre la société et à ce titre seulement ils viendraient en concours avec les créanciers sociaux. On exprime quelquefois cette doctrine en disant que « les créanciers sociaux ont sur les biens de la société

« un droit de *préférence* vis-à-vis des créanciers de « l'associé (1) ». Mais cette manière de s'exprimer nous paraît inexacte. Il ne saurait y avoir de *préférence* qu'entre deux créanciers d'un même débiteur. Or les créanciers sociaux et les créanciers personnels de l'associé n'ont pas le même débiteur ; les premiers ont pour débiteur la personne morale qu'on appelle la société et non l'associé.

Quelques auteurs enseignent que l'association en participation réunit tous les caractères de la société ordinaire, qu'elle est un être moral et que son capital doit être le gage des créanciers sociaux. M. Bravard s'exprime ainsi : Si, tant que dure la société, « un « associé ne peut ni directement ni indirectement alié-
« ner une portion du fonds social, engager ce fonds
« à aucun titre, quelle que soit la nature mobilière ou
« immobilière des objets qui le composent, il en
« résulte, et, ce me semble, assez clairement que le
« fonds social est le gage des créanciers sociaux et
« nullement celui des créanciers personnels des associés,
« qu'indépendant des associés considérés individuelle-
« ment, il ne relève que d'une personne distincte de
« chacun d'eux, l'être juridique société (2) ».

Quelques arrêts de jurisprudence ont admis cette

(1) DALLOZ. *Rép. alph.* V. Société n° 2656.

(2) BRAVARD, p. 88. En ce sens PERSIL, p. 238. PARDESSUS, (n° 1045-1066.)

théorie (1) qui nous paraît manifestement erronée. Nous avons déjà vu qu'il n'y avait pas dans l'association en participation de capital distinct de celui des associés. Comment supposer alors que les tiers puissent avoir un droit spécial sur un patrimoine qui n'existe pas. Tout n'est-il pas individuel dans les associations en participation ? Les associés conservent la propriété de leurs mises, ils agissent isolément. Ce n'est que pour le résultat qu'ils sont associés, le tiers qui traite avec un des participants le considère comme un simple particulier. C'est lui seul qu'il entend avoir pour débiteur, c'est sur son patrimoine privé qu'il compte. D'où pourrait lui venir, nous ne disons pas ce droit de préférence, mais simplement un droit quelconque sur un prétendu actif social qui en réalité n'existe pas ?

Encore une fois il n'y a que des créanciers de tel ou tel associé, il n'y a pas de créanciers sociaux.

Dalloz, (n° 1656) cite plusieurs arrêts de jurisprudence consacrant cette théorie, entre autres un arrêt de la cour de Paris du 17 novembre 1848. « Attendu que d'après
« les articles 19, 42, 47, 48, 49, 50, du Code de com-
« merce, l'association en participation ne doit pas être
« confondue avec les sociétés commerciales réguliè-
« ment et publiquement constituées, qu'elle ne repré-

(1) V. notamment, Paris, 26 juin 1824 et 9 août 1831, S. 21.2.257. Bordeaux. 2 avril 1832, S. 32.2.327. Caen, 9 fév. 1822. Paris, 22 nov. 1834, S. 35.2.69.

« sente pas un être moral possédant un avoir connu
« particulier et distinct sur lequel un droit de préfé-
« rence puisse être reconnu ou constaté.... Attendu
« que dans une association passagère et relative à
« des actes isolés, n'ayant ni raison sociale, ni siège
« établi ni publicité, n'offrant en définitive aucune des
« garanties exigées pour la formation des sociétés, le
« public ne peut connaître que la personne avec laquelle
« il traite et ne rencontre aucune des responsabilités que
« les sociétés régulières lui présentent. »

Les tiers n'ont donc aucun droit sur l'actif social qui n'existe pas à leurs yeux. En cas de contestation, ils ne pourront donc pas comme dans les sociétés ordinaires assigner la société puisque cette société n'a ni siège social, ni raison sociale, puisqu'elle n'est pas un être moral une personne distincte. Ils devront assigner personnellement chacun des associés avec lesquels ils ont traité. Ils ne connaissent en effet que ces individus, et non la société, et n'ont comme gage de leur créance que le patrimoine propre de leur débiteur. Ils devront donc subir le concours de tous les créanciers personnels de l'associé. Les tiers n'ont aucun droit sur la société, celle-ci par contre ne peut rien exiger d'eux et les associés devront agir individuellement contre leur débiteur commun.

Actes du gérant. — Nous avons vu que dans les associations en participation chacun agissait en son nom personnel et que lorsque l'administration était

confiée à un gérant il agissait comme si il était seul en cause. Tel n'est pas le cas qui se présente dans les sociétés ordinaires. Le gérant agit au nom de ses coassociés il est leur mandataire, et, par ses actes, il les engage tous ; les tiers pourront donc poursuivre tous les associés comme responsables des opérations faites par le gérant, ils auront contre les associés une action directe et même une action solidaire.

Cette action solidaire existe-t-elle dans la participation ? Les auteurs qui veulent voir dans l'association en participation une véritable société commerciale lui en attribuent les effets et décident que les actes du gérant obligent directement et solidairement tous ses coassociés. Dans toutes les sociétés commerciales en effet, les associés sont solidaires les uns des autres. L'article 1862 ne fait une exception que pour les sociétés civiles. Les associations en participation rentrent donc dans la règle générale et les tiers ont une action solidaire contre tous les associés. Nous trouvons quelques décisions de jurisprudence admettant ce système. Entre autres un arrêt de la cour de Bordeaux du 27 mars 1897 (*Journal des Sociétés*, p. 410.) dit : « At-
« tendu qu'en principe les coparticipants sont tous tenus
« solidairement vis-à-vis des créanciers de la société. »

Nous ne croyons pas que les tiers aient une action directe contre tous les associés, le gérant s'est engagé seul vis-à-vis d'eux, il est seul responsable. Comment supposer que le gérant, qui n'a pas reçu mandat de

traiter au nom des associés, qui agit comme s'il était seul en cause, ait pu engager ses coassociés, en vertu de quel principe aurait-il pu le faire ? « Une des règles « de bon sens et d'équité est que nul n'est tenu par le « contrat d'un autre. *Nemo est alterius contractu « obligatus.* » (1) A moins de convention contraire, le gérant n'engage donc que lui seul. Le contrat qui lie tous les participants n'est pas suffisant pour les engager tous par le fait d'un seul. Il est, en effet, tout-à-fait occulte, les tiers ne peuvent pas le connaître, ils ne pourront donc pas être obligés envers des personnes qu'ils n'ont pas connues. Si un associé venait leur réclamer l'exécution d'une obligation passée avec le gérant, les tiers seraient en droit de lui répondre : « Nous n'avons pas traité avec vous, nous avons traité avec M. X..., qui a agi en son nom propre et non comme votre mandataire, nous ne connaissons que lui. » La réciproque serait vraie, ils ne connaissent que le gérant, ils ne peuvent actionner que lui. C'était la règle suivie dans l'ancien droit. « L'ordonnance de 1673, dit Alauzet, (3) ne parlait pas des associations en participation et les laissait, par suite, sous l'empire du droit commun qui ne permet de stipuler et de s'engager que pour soi-même. » Le Code de commerce n'a pas modifié cette règle générale en ce qui concerne les associations en participation.

(1) DELAMARRE et LEPOITVIN, t. 2, p., 251.

(2) T. 1, p. 278.

« Il n'y avait point anciennement de solidarité, il n'y
« en a donc point davantage aujourd'hui. Non seule-
« ment il n'y avait point de solidarité, mais le créancier
« n'avait même pas d'action contre le participant avec
« lequel il n'avait point traité. Par la même raison, il
« en est encore ainsi et rien de plus juste et de plus
« conséquent. En effet, si l'on donnait une action au
« créancier contre le participant avec lequel ce créan-
« cier n'a pas contracté, il faudrait aussi en donner une
« à ce participant contre ce créancier pour forcer celui-
« ci à l'exécution d'un contrat qu'il aurait fait avec
« l'autre associé. Or, cette double action supposerait
« un contrat entre des parties qui n'ont pas contracté,
« ce serait altérer l'inflexibilité d'un fait ; dans un tel
« système il n'est plus de participation possible et l'on
« ne s'explique pas comment des tribunaux ont pu juger
« que le participant étranger au contrat de son associé
« est non seulement débiteur, mais débiteur solidaire
« d'un créancier avec lequel il n'a eu aucune négocia-
« tion. » (1)

Les tiers n'ont donc aucune action ni directe ni solidaire envers les associés.

La solidarité, en effet (article 1202 du Code civil), ne se présume pas, elle ne peut résulter que d'une convention expresse des parties ou d'un texte de loi. Les participants peuvent convenir qu'ils seront solidaires

(1) DELAMARRE et LEPOITVIN, t. 2, numéro 246.

les uns des autres et informer les tiers de cette clause de leur association ; mais à défaut de cette entente expresse nous ne croyons pas qu'on puisse les regarder comme solidaires les uns des autres.

Bien qu'en matière de société commerciale la solidarité soit la règle générale et que l'art. 1862 du Code civil n'ait fait exception que pour les sociétés civiles, nous ne croyons pas que l'on puisse suppléer à l'absence d'un texte pour y soumettre les associations en participation.

Dans tous les cas où la solidarité est admise, le législateur a pris soin de le dire expressément, c'est donc qu'il attachait une importance très grande à ce qu'on ne l'applique pas à des cas qu'il n'avait pas prévus.

L'art. 22 du Code de commerce déclare tous les associés en nom collectif responsables solidairement « pour
« tous les engagements de la société, encore qu'un seul
« des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la
« raison sociale. » La fin de l'article indique le motif qui a décidé le législateur à déclarer les associés en nom collectif responsables solidairement des actes du gérant. Il faut que celui-ci ait contracté sous la raison sociale, c'est-à-dire qu'il ait agi au nom de tous les coassociés. Dans les associations en participation, le gérant n'agit jamais ainsi, il doit faire toutes les opérations commerciales en son nom personnel.

L'art. 23 déclare les commandités solidairement responsables, et l'art. 28 impose la même solidarité au

commanditaire qui a agi au nom de la société : Il a alors trompé les créanciers qui, croyant traiter avec la société tout entière, seraient frustrés s'ils ne trouvaient en face d'eux qu'un seul commanditaire responsable. Il n'en sera pas ainsi dans une association en participation, la société étant occulte et chacun des associés agissant en son nom personnel ; les tiers n'auront jamais pu connaître la société, ils auront traité avec un seul individu et ne seront pas frustrés s'ils ne trouvent en face d'eux qu'un seul associé responsable, puisqu'ils n'ont toujours compté que sur lui.

Le législateur, on le voit, a pris soin d'indiquer tous les cas de solidarité en ce qui concerne les sociétés commerciales, il n'en parle pas pour les associations en participation? on ne peut donc pas suppléer à l'absence d'un texte. De plus les motifs qui l'ont décidé à l'admettre dans les cas que nous avons cités n'existent pas pour les associations en participation. En règle générale, il n'y a donc pas de solidarité en cette matière, nous verrons plus loin si on ne pourrait pas l'admettre lorsque certains faits viendraient changer le caractère occulte et individuel de la participation.

Regnault de Saint-Jean-d'Angely a soutenu cette théorie devant le conseil d'Etat, lors de la discussion du Code de commerce. La majorité des auteurs s'est prononcée en ce sens. La jurisprudence, elle aussi, consacre ce système dans de nombreux arrêts.

La Cour de cassation, le 21 mars 1876, et le 26 août

1879, S. 79. 1. 455. a cassé deux arrêts qui déclaraient les participants solidairement responsables vis-à-vis des tiers : « Attendu que l'association en participation « constituée sans publicité, sans raison sociale, n'a « pas une personnalité distincte de celle des partici- « pants, que ceux-ci opèrent individuellement en leur « propre nom, sauf plus tard, le compte des profits et « pertes qu'ils ont à se rendre entre eux ; qu'il suit de « là que les tiers qui ont contracté avec l'un des par- « ticipants dont ils sont demeurés créanciers, n'ayant « aucun compte à demander de leur chef aux autres « participants dont ils n'ont pas suivi la foi et auquel « ne les rattache aucun lien de droit ne peuvent pré- « tendre à aucune action directe et à plus forte raison « à aucune action solidaire entre les autres participants, « alors même que ceux-ci auraient profité de l'opéra- « tion. »

Ces derniers mots « alors même que ceux-ci auraient « profité de l'opération » nous amènent à nous occuper de savoir si l'article 1864 est applicable aux associations en participation.

Merlin, Pardessus et Vincens décident que les participants seront tenus solidairement, toutes les fois que les tiers pourront prouver que l'opération commerciale faite par un des associés a profité à la société. Tout en reconnaissant que les actes du gérant n'obligent pas la Société, Merlin ajoute : « quand on justifie de « l'emploi des deniers au profit de la société, quand il

« est prouvé que les deniers empruntés par l'un des
« associés ont été versés dans la caisse commune,
« chacun des associés est tenu solidairement » (1).

Nous ne croyons pas que ce soit une raison suffisante pour accorder au tiers une action solidaire envers tous les associés. Que l'opération ait profité ou non à la société, la situation juridique de l'associé et du créancier n'est pas changée. Il a traité avec un des participants qui agissait en son nom, c'est à lui seul qu'il peut réclamer le paiement de son obligation ; il n'est lié qu'avec lui par la convention qui est intervenue entre eux. Du reste, dans les autres sociétés, en nom collectif par exemple, l'associé qui agit en son nom n'engage que lui, et s'il traite au nom de la société, sans en avoir les pouvoirs, il n'engage ses coassociés que s'ils ont tiré profit de l'opération.

Merlin a changé d'avis après la publication du code.
« Quelle est, d'après les principes du droit commun,
« dit-il, la position de deux associés en participation
« vis-à-vis des tiers ? La règle générale est sans doute
« que les tiers n'ont d'action que contre celui des deux
« avec qui ils ont contracté. Mais à côté de cette règle,
« l'équité, la bonne foi, la grande maxime du droit
« naturel que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, exige impérieusement que l'on place une exception pour le cas où les coparticipants ont notoire-

(1) DALLOZ, n° 1659.

« ment et publiquement opéré comme tels et où les
« tiers qui ont contracté avec l'un d'eux prouvent que le
« produit du contrat est entré dans l'actif de l'associa-
« tion. (1)

« Il y a une grande différence, dit Dalloz, entre le
« réquisitoire de l'an XII et ce que nous venons de voir.
« D'après le réquisitoire de l'an XII, il suffisait que
« l'obligation contractée par un associé ait profité à la
« société pour rendre les associés solidairement res-
« ponsables ; d'après le passage ci-dessus, il semble
« que cela ne suffit plus, il faut en outre que les copar-
« ticipants aient notoirement et publiquement agi
« comme tels. »

Dans ce cas, nous croyons qu'en effet les associés seraient solidairement responsables envers les tiers. Par leurs actes, ils ont trompé les créanciers, agissant ensemble. Ces tiers ont été en droit de les croire associés et ont dû penser que par le fait même de leur engagement commun ils entendaient se rendre tous responsables de leurs obligations.

« Les participants, dit Houpin, p. 219, n° 269, peuvent aussi être tenus et poursuivis directement et
« solidairement si par leur immixtion imprudente dans
« les affaires de la société ou par leurs agissements,
« ils ont donné le change aux tiers sur la nature de
« l'association qui les unissait. Mais dans ce cas, les

(1) DALLOZ, n° 1659.

« tiers invoqueront moins l'existence de la société que
« la faute à laquelle elle a donné lieu et fonderont leur
« action en réalité sur le quasi-délit commis à leur
« préjudice. »

Un arrêt de la Cour de Poitiers, du 13 juillet 1894, décide que l'engagement pris conjointement par deux associés les lie solidairement à l'égard de leurs créanciers.

Si les associés ont agi tous ensemble, s'ils ont tous signé un engagement pris par l'un d'eux, ils sont solidairement responsables envers les tiers. Mais il sera quelquefois difficile, quand les actes de gestion ne seront pas bien définis, de savoir si ces actes sont suffisants pour les rendre responsables. C'est alors aux tribunaux à apprécier si les actes des associés sont de telle nature qu'ils ont pu faire croire aux tiers que tous les associés entendaient prendre la responsabilité des actes qu'il faisaient, si les juges devront examiner si d'après les actes des associés les tiers étaient en droit de compter sur leur responsabilité.

Si au lieu d'agir en son nom personnel le gérant traite au nom de la société toute entière, engagera-t-il par là même tous les coassociés ? La question ne se pose que si le gérant n'agit pas en vertu d'un mandat des autres participants. Dans ce cas en effet ils seraient tous responsables en vertu de l'article 2002.

Le cas du gérant d'une société civile et celui de l'associé en participation qui a traité au nom de la société

sont, croyons-nous, différents. Dans la société civile le gérant n'a pu tromper les tiers qui pouvaient prendre connaissance des statuts de la société pour savoir si le gérant s'engageait dans les limites que la société a assignées à son pouvoir. Dans la société en participation qui est occulte, le gérant a induit en erreur les tiers en leur faisant croire qu'il s'engageait au nom de plusieurs personnes responsables. Souvent les tiers n'auront traité que sur la croyance qu'ils allaient avoir plusieurs débiteurs. Ils seraient frustrés si le gérant était seul responsable alors que l'affaire a tourné au profit de la société.

On doit donc selon nous, adopter la règle générale de l'article 1864 du Code civil et décider que si l'opération a tourné au profit de la société, les coparticipants seront solidairement responsables. La théorie contraire aboutirait à un enrichissement illégitime des coassociés.

Dalloz (1) prétend qu'on doit appliquer les principes généraux en matière de société.

Le gérant a excédé ses pouvoirs, il doit alors, comme dans les autres sociétés, avoir engagé tous ses coassociés s'ils ont profité de l'opération. Mais Dalloz refuse aux tiers l'action solidaire que leur accordaient MM. Merlin et Pardessus, il ne leur donne qu'une action restreinte pour le profit que chacun aurait retiré de l'opération.

(1) N° 1166.

Poulle (1) leur refuse toute espèce d'action. « Dans la « participation, le gérant qui traite *nomine sociali* doit « se trouver dans la même situation que le gérant d'une « société civile qui traite en son nom personnel. Dans « l'un et dans l'autre cas, en effet, ce gérant de la so- « ciété agit sans pouvoir engager ses coassociés. »

En règle générale, les tiers n'ont donc aucune action directe ni solidaire contre les participants. Ils ont traité avec le gérant ils ne connaissent que lui, ils ne peuvent actionner que lui et il est seul responsable.

Mais les tiers auront-ils l'action oblique que l'article 1166 donne à tout créancier ?

Les auteurs et la jurisprudence sont unanimes pour leur accorder cette action. C'est un principe de droit qui veut que le patrimoine du débiteur soit tout entier le gage de ses créanciers. Or ici, dans le patrimoine du gérant débiteur envers les tiers, il y a les créances que celui-ci peut avoir contre ses coparticipants, elles feront certainement partie du gage des créanciers d'un coparticipant. Si l'associé débiteur néglige de faire valoir ses droits contre l'association en participation, ses créanciers pourront certainement exercer l'action oblique de l'article 1166. C'est le droit commun et on ne voit pas ce qui pourrait y faire obstacle.

Rappelons-nous que l'association n'existe pas à l'égard des tiers et par conséquent elle ne peut s'opposer à l'exercice de leurs droits.

(1) N° 256, p. 150.

Dans le cas où un tiers pourrait exercer une action en revendication contre le coparticipant qui a traité avec lui (Code de commerce, art. 576), les associés ne pourraient s'y opposer en alléguant que les marchandises ont été achetées pour le compte de la participation. Celle-ci ne peut pas plus exercer d'action contre les tiers que les tiers contre elle.

Tels sont les droits et devoirs des tiers. On voit qu'en somme ils se ramènent en quelque sorte à ceux qui existent généralement entre créanciers et débiteurs. C'est la conséquence du caractère occulte de l'association en participation, qui veut qu'une telle société n'existe pas pour les tiers.

CHAPITRE IV

DISSOLUTION. — LIQUIDATION. — PARTAGE

Nous avons étudié jusqu'ici la nature et l'organisation des associations en participation, les différentes formes qu'elles peuvent revêtir, leur gestion et les effets qu'elles produisent. Il nous reste à examiner maintenant comment finissent ces associations, quelles sont les causes de leur dissolution, comment elles se liquident et comment se partagent les bénéfices et les pertes entre les associés.

I

DISSOLUTION DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

L'association en participation, nous l'avons vu, est très différente des autres sociétés au point de vue de son organisation, de son fonctionnement et de ses effets.

Cette différence a pour principe la nature même de

l'association en participation qui est une véritable société tant que l'on considère seulement les rapports des associés entre eux et qui n'existe même pas à l'égard des tiers. Au point de vue de la dissolution, de la liquidation et du partage, qui nous occupent en ce moment, nous allons voir que la participation est peu différente des autres sociétés, car il ne s'agit guère ici que d'opérations intérieures, et, sauf quelques exceptions, que nous aurons à préciser, les associés en participations ont entre eux la même situation, les mêmes rapports que les membres des autres sociétés.

Examinons successivement les différentes causes de dissolution des sociétés ordinaires, et voyons comment elles s'appliquent aux sociétés en participation.

Nous pouvons, pour plus de clarté, diviser, avec les auteurs, les causes de dissolution de la participation en trois catégories :

- 1° Causes qui agissent de plein droit ;
- 2° Causes de dissolution purement facultatives ;
- 3° Dissolution judiciaire.

§ I. — Causes qui agissent de plein droit.

Ce sont les plus nombreuses. Il faut ranger dans cette catégorie :

- 1° L'expiration du temps pour lequel l'association avait été fondée ;

- 2° L'extinction de la chose ;
- 3° La consommation de la négociation ;
- 4° La mort naturelle de quelqu'un des associés ;
- 5° L'interdiction d'un associé ;
- 6° La déconfiture ou la faillite d'un associé.

1° *Expiration du temps.* — La société finit, dit l'article 1865, 1° du Code civil, par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Ce premier cas sera applicable à la participation et une fois l'époque fixée pour la fin des opérations arrivée, la société se trouve dissoute de plein droit et les associés devront procéder à sa liquidation. Ils pourraient cependant, si les opérations commerciales n'étaient pas achevées, prolonger la durée de la société, mais il faudrait une convention spéciale des associés entre eux. Ce mode de dissolution ne sera pas très fréquent dans les associations en participation. Bien qu'elles soient des sociétés temporaires, elles sont créées le plus souvent en vue d'une ou plusieurs opérations déterminées sans que le temps nécessaire pour les accomplir soit fixé d'avance. Rien ne s'oppose cependant à ce que les associés limitent la durée de leur participation et alors le délai fixé étant expiré la société est par là-même dissoute.

Les parties peuvent aussi convenir que l'un des associés pourra demander la dissolution de l'association avant le délai fixé et le partage des biens qui composent le fonds social.

2° *Extinction de la chose.* — Cette cause de disso-

lution a été, comme la précédente d'ailleurs, édictée par l'art. 1865 du Code civil. Supposons qu'une association en participation ait été formée pour l'exploitation d'un navire : si le navire vient à sombrer, l'association n'a plus aucune raison d'être ; elle est dissoute de plein droit. Mais par « extinction de la chose » il faut entendre sa perte totale : si la perte de la chose est seulement partielle, la société n'est pas dissoute de plein droit. Il peut arriver cependant que la perte d'une partie considérable de la chose soit en réalité équivalente à la perte totale ; les opérations de la société ne sont plus possibles, par exemple lorsque l'usine destinée à fabriquer un produit a été détruite aux trois quarts par un incendie. Dans ce cas, un associé ou quelques associés pourraient demander aux tribunaux la dissolution de la participation. Les juges auraient alors un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si la perte de la chose, quoique partielle, est suffisante pour entraîner la dissolution de la société.

L'article 1867 du Code civil prévoit une hypothèse différente mais voisine de celle que nous venons d'étudier et qu'il serait possible *a priori* de confondre.

« Lorsqu'un des associés, nous dit l'article 1867, a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les coassociés. »

Cet article a été l'objet de vives critiques de la part

des jurisconsultes : l'obscurité de sa rédaction laisse plus ou moins douteuses les applications qu'on en pourrait faire. Le législateur semble supposer ici qu'un associé a promis de transférer la propriété d'un corps certain, mais que ce transfert n'a pas eu lieu par simple consentement, selon le droit commun, ce qui pourrait arriver, par exemple, s'il a promis la chose d'autrui.

L'art. 1867 prescrit la dissolution de la société si l'objet vient à périr avant que l'associé en ait transféré la propriété. Peut être serait-il plus exact de dire que si l'associé apporte la propriété de la chose d'autrui, en réalité il ne fait aucun apport et l'association ne se forme pas. Si l'on s'en tient au texte de l'article 1867, on peut voir ici un cas de perte partielle du fonds social qui entraîne la dissolution de la société. A moins de convention contraire, les associés en participation conservent la propriété de leurs apports, ils ne sont guère associés que pour les résultats, ils doivent se rendre compte des opérations qu'ils ont faites individuellement.

Alors, l'associé en participation se trouve dans la même situation que l'associé ordinaire qui a fait son apport ; la perte doit être pour la société (article 1867, 3°).

La seule obligation, croyons-nous qui lui soit imposée, c'est de rendre compte de la perte à ses coassociés.

La société en participation ne pourra donc être dissoute faute, par l'associé, d'avoir effectué son apport. La même solution devrait être admise si l'apport promis par le coassocié consistait en un droit d'usufruit. Dans le cas très différent, prévu aussi par l'art. 1867, al. 2, où l'associé a promis de procurer la jouissance de la chose; si la chose vient à périr, sa perte entraînera nécessairement la dissolution de la société, car l'apport n'est effectué qu'autant que l'associé a produit la jouissance de la chose pendant toute la durée de la société.

On assimile à ce cas celui de l'associé qui a promis d'apporter son travail et qui ne peut plus travailler (1).

3° *Consommation de la négociation.* — Ce mode de dissolution est celui que nous trouvons le plus fréquemment dans les associations en participation. De telles sociétés sont le plus souvent fondées pour accomplir une ou plusieurs opérations déterminées. Ces opérations étant achevées la société se trouve dissoute de plein droit. Il va de soi que si la société est fondée en vue d'accomplir un certain nombre d'opérations commerciales, elle ne peut être dissoute pour le motif qui nous occupe qu'après la conclusion de toutes les opérations pour lesquelles elle a été créée. (D. *Rép. alph.* société n° 690). Il n'y a aucun motif de soustraire la participation à cette règle générale.

(1) Lyon-Caen et RENAULT. *Précis de Droit commercial*, II n° 551.

4° *La mort naturelle de quelqu'un des associés.* — On s'est demandé si ce quatrième mode de dissolution était applicable à l'association en participation. Dalloz, (n° 1608) fait une distinction. Si le défunt jouait un rôle actif nécessaire au fonctionnement de l'association en participation, la dissolution a lieu de plein droit, mais si au contraire il n'avait aucun rôle actif, la société continue à exister, M. Delangle soutient le même principe. Si le contrat intervenu entre les associés est personnel, la mort doit le faire cesser, mais s'il était réel, il continue à être obligatoire pour les héritiers du défunt. M. Vavas seur décide encore que la mort du bailleur de fonds ne dissout pas l'association en participation.

Un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 juillet 1862, (S. 63, — 2.31) — a admis ce système : « Attendu qu'il
« est de principe que ces associations ne sont point
« régies par les règles tracées pour les sociétés propre-
« ment dites, et que, si la mort d'un associé peut être
« dans certains cas une cause de dissolution en partici-
« pation, ce n'est qu'à la condition que le défunt aurait
« été chargé d'un travail personnel qui ne pourrait être
« exécuté. »

Nous ne croyons pas qu'il y ait de distinction à faire ; car les associations sont des sociétés de personnes et les associés ont dû prendre en considération la personne même avec laquelle ils ont traité.

« Comme toutes les autres sociétés, l'association en

« participation repose sur des sentiments réciproques
« d'amitié, d'estime et de confiance. Ces sentiments ne
« se suppléent pas et ne passent pas facilement de l'un
« à l'autre (1) ».

Les associations en participation ne sont pas exclusivement des sociétés de capitaux, elles ne peuvent pas prendre, avons-nous démontré, la forme d'une société par action.

Les seules formes qui lui sont permises sont la forme en nom collectif et celle en commandite par intérêts. Elles doivent donc suivre les règles de ces sociétés.

Or la mort d'un associé en nom collectif, celle d'un commandité, et même la mort d'un commanditaire dissout la société et par conséquent elle dissoudra aussi une association en participation.

Il faudrait une convention expresse des associés pour permettre à la société de continuer après la mort d'un des associés, et dans ces cas on appliquerait l'article 1868 relatif aux droits des héritiers de l'associé défunt.

Les héritiers ont pu en effet par la convention intervenue entre les associés être exclus de l'association en participation ; dans ces cas les participants survivants continueront seuls et les héritiers n'auront droit qu'à la part qui revenait au défunt au moment de sa mort. Ils pourraient également être admis à se substituer au

(1) BEDARRIDE. Page 142.

défunt dans l'association en participation jusqu'à la dissolution de celle-ci et à conserver les droits, les charges qui revenaient à leur auteur. Les héritiers auraient alors droit, à la dissolution, à la part qu'aurait eue l'associé défunt, s'il avait existé lors de la dissolution de l'association en participation.

5° *Mort civile. Interdiction.* — La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854. Quant à l'interdiction, elle serait une cause de dissolution pour les associations en participation comme pour les autres sociétés. Nous l'avons dit, la personne des associés est prise en considération pour la formation d'une participation.

Le changement de la situation juridique d'un associé, l'incapacité dont il est frappé doit donc influencer sur la société tout comme la mort naturelle. C'est avec telle personne ayant tels droits et tels pouvoirs que les coparticipants se sont associés ; si l'interdiction intervient pendant le cours des opérations de la société, l'associé frappé par un jugement n'a plus l'*affectio societatis* indispensable à l'existence de la participation puisqu'il est incapable de s'obliger. C'est pourquoi le législateur prononce la dissolution de la société de plein droit dans le cas de l'interdiction d'un associé ; mais cette disposition de la loi n'est pas d'ordre public. Une convention formelle des associés pourrait soustraire la participation à cette cause de dissolution.

6° *Déconfiture ou faillite de l'un des associés.* — L'association en participation n'étant pas une personne

morale, et par conséquent n'ayant pas de patrimoine propre ne peut pas être déclarée en faillite. Il ne peut y avoir que des faillites particulières ou des déconfitures des coassociés. La loi dit que la déconfiture d'un associé entraîne la dissolution de la société : la raison en est facile à deviner : la déconfiture suppose l'insolvabilité de l'associé et fait présumer qu'il est incapable de remplir ses obligations envers ses coassociés. Dans une société formée *intuitu personæ*, il est évident que les associés ne peuvent plus compter sur l'associé tombé en déconfiture ; celui-ci manque manifestement des qualités sur lesquelles ses coassociés avaient compté en s'associant à lui.

Bien que l'art. 1865 ne parle que de la déconfiture, il faudrait admettre la même solution si l'associé commerçant était tombé en faillite, car la déconfiture est une sorte de faillite des non commerçants ; les deux situations sont analogues. Les motifs d'admettre la dissolution de la société seraient les mêmes dans les deux cas. Peut-être pourrait-on élever un doute dans le cas où l'associé sur le point de tomber en faillite a été admis à la liquidation judiciaire, parce que la liquidation judiciaire n'entraîne pas pour le commerçant les mêmes déchéances que la faillite. Mais nous n'hésiterons pas à admettre que la liquidation judiciaire d'un associé doit encore entraîner la dissolution de la société comme la faillite ; la cause de la liquidation judiciaire est en effet la même : insolvabilité vraie ou présumée du commer-

çant. D'ailleurs on a dit avec raison que la liquidation judiciaire est une faillite atténuée.

Ce ne sont pas les déchéances qu'entraîne la faillite d'un associé qui peuvent amener la dissolution de la société, car il faudrait admettre que toute déchéance d'un associé peut amener le même résultat, ce qui ne saurait être admis par personne.

Supposons donc qu'un associé tombe en état de déconfiture de faillite ou de liquidation judiciaire.

Trois hypothèses peuvent être examinées.

1° Tout d'abord l'un des associés tombe en faillite, par exemple, avant que la société ait commencé les opérations pour lesquelles elle a été constituée. Ce contrat d'association ou de société est alors résolu purement et simplement, la société ne fera aucun acte, et on devra procéder à la liquidation et au partage comme si les opérations avaient été toutes effectuées. Les créanciers du failli auront le droit de revendiquer son apport s'il n'en avait pas transmis la propriété au gérant ; dans le cas contraire, ils n'auront qu'un droit de créance contre le gérant, ils n'auront droit qu'à la part qui devait revenir à leur débiteur. Il en serait de même en cas de faillite du gérant, ses créanciers ont droit aux mises dont il a reçu la propriété, mais il n'ont aucun droit sur celles dont il n'a que la possession et qui peuvent être revendiquées par les propriétaires.

(1) Cass. 23 fév. 1864. S. 64, 1, 63.

2° La société a commencé à fonctionner, quelques opérations ont été effectuées lorsque l'un des associés est tombé en faillite. Il faut alors distinguer : si c'est le gérant, la liquidation doit se produire immédiatement, mais si c'est un membre inactif les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour décider que les opérations commencées peuvent être achevées « la faillite bien « qu'entraînant la dissolution de la participation ne « peut pas empêcher la mise à fin des opérations com-
« mencées ».

La faillite, en effet, enlève au commerçant la faculté de faire des opérations commerciales, dès lors qu'il est failli il ne peut plus gérer ses affaires. Le gérant d'une société qui est tombé en faillite ne pouvant donc plus agir même pour le compte de la participation, on comprend donc qu'elle doive être arrêtée et liquidée immédiatement ; mais si le failli est un membre inactif, la faillite n'attaque pas le gérant qui n'aura perdu aucun droit et pourra mener à bonne fin les opérations commencées.

3° On envisage dans la troisième hypothèse la faillite de l'un des coassociés une fois les opérations terminées. Il est bon de remarquer que très souvent la fin des opérations amènera la dissolution de l'association en participation ; car nous l'avons vu, la plupart du temps ces espèces de sociétés ne sont formées que pour effectuer des opérations déterminées. Il peut se faire cependant que les associés aient fixé, dans leur convention,

une époque à laquelle l'association devra se dissoudre. Si les opérations sont finies avant que le temps soit écoulé, la participation ne continue pas moins d'exister jusqu'à l'arrivée du terme, à moins que dans cet intervalle l'un des associés ne tombe en faillite.

Dans toutes ces hypothèses la dissolution due à la déconfiture ou à la faillite a lieu de plein droit ; la loi est en effet formelle, la société finit par la déconfiture (art. 1865 4°) ; mais la liberté des conventions permet aux participants d'éviter cette règle. Ils pourront, en effet, convenir que la déconfiture ou la faillite de l'un d'eux ne mettra pas fin à l'association en participation. Cette conséquence pourrait encore résulter de l'interprétation des clauses du contrat : « La déconfiture
« de l'un des participants n'entraînerait pas toutefois la
« dissolution de la société s'il était reconnu, par inter-
« prétation des clauses du contrat social, que telle a été
l'intention des parties. » (Houpin, p. 225, n° 272). Dans ce cas, le syndic de la faillite prendrait la place du coassocié pour représenter les intérêts des créanciers, à moins que les participants n'aient décidé qu'ils continueraient seuls en excluant l'associé en faillite. Les créanciers n'auraient droit qu'à la part qui lui revenait au moment même où il a été déclaré en faillite.

§ II. — Causes de dissolution purement facultatives.

7° *Volonté des participants.* — Les associations en

participation étant des sociétés purement consensuelles où la volonté des parties est souveraine maîtresse, peuvent donc être dissoutes par la convention de tous les associés, mais l'art. 1865 5° nous dit que la volonté d'un seul ou de plusieurs suffit. Il semble donc que la dissolution d'une société dépende du bon vouloir d'un seul des associés.

La règle de l'art. 1865 n'est pas aussi large, car elle est limitée par l'article 1869, qui détermine à quelles conditions elle est applicable, il faut qu'il s'agisse d'une société dont la durée est illimitée. Ce cas se présentera rarement dans les associations en participation qui sont des sociétés momentanées formées pour une ou plusieurs opérations. Cependant, aucune règle ne s'oppose à ce qu'il y en ait dont la durée soit illimitée: l'article 1869 leur serait applicable et la volonté d'un ou plusieurs associés suffirait pour la dissoudre à condition que cette volonté soit notifiée à tous les associés et que l'associé soit de bonne foi. Un associé, en effet, ne pourrait pas, par sa seule volonté, dissoudre une association en participation, s'il agissait dans l'intention de frustrer ses coassociés, ou si une dissolution intempestive produisait des résultats opposés à ceux poursuivis par l'association en participation et causait, en entravant les opérations commencées, un véritable préjudice à la société. Mais s'il agit loyalement, il n'a qu'à faire connaître sa décision à ses coassociés pour que la société soit immédiatement dissoute.

Ce que nous venons de dire d'un seul associé s'appliquait évidemment au cas où plusieurs associés, fussent-ils en majorité dans la participation, voudraient se retirer, soit que leur retraite intempestive empêche la conclusion des opérations commencées, soit que la majorité des associés veuille se retirer pour laisser des pertes prévues à la charge de la minorité. En effet, l'article 1865, 5°, parle de la retraite d'« un seul ou plusieurs » associés, sans distinguer si ces associés forment ou non la majorité.

On s'est demandé si une clause des statuts pouvait empêcher les assurés de provoquer en se retirant la dissolution de la société. Certains auteurs le nient. D'après eux, la disposition de l'article 1865 serait d'ordre public (1). Mais il est préférable d'admettre la solution contraire, car il s'agit ici d'intérêts privés et, dans le silence de la loi, on ne saurait déroger au grand principe de la liberté des conventions (2). D'ailleurs, cette solution était déjà admise en droit romain et dans l'ancien droit français. Rien n'autorise à penser que le législateur de 1804 a voulu déroger à la tradition.

§ III. — Dissolution judiciaire.

Tout d'abord, il faut remarquer que cette cause, comme la précédente, n'opère pas de plein droit la dissolution

(1) TROPLONG. *Op cit.*, n° 976. — AUBRY et RAU. III, § 384.

(2) LYON-CAEN et RENAUULT. *Précis de Droit commercial*, II, n° 559.

de la société. Nous avons vu que le gérant d'une participation n'était pas le mandataire de ses coassociés et que, par conséquent, il ne pouvait être révoqué. Les coparticipants ne pourront que demander la dissolution de l'association s'ils ont à se plaindre de sa gestion. Alors, le tribunal statuera *cognita causa* et pourra prononcer, s'il le juge à propos, la dissolution de la société. Les associés, disons-nous, pourront demander la dissolution de l'association en vertu de l'article 1871. Cet article permet aux associés de demander la dissolution avant le terme convenu quand ils ont de justes motifs de se plaindre du gérant, ou quand celui-ci est devenu inapte aux affaires de la société.

Il faut, croyons-nous, tout d'abord que les sociétés soient à terme pour pouvoir bénéficier de l'article 1871. Ce sera souvent le cas des associations en participation, qui sont presque toujours momentanées ; en tous cas, si leur durée est illimitée, les associés pourront appliquer l'article 1869.

De plus, ce cas de dissolution n'opère pas de plein droit. Les associés qui veulent en profiter devront faire une demande et invoquer de justes motifs. Les tribunaux auront la plus grande liberté pour apprécier si les faits invoqués sont suffisants pour dissoudre la participation ou si le gérant est devenu incapable de continuer à gérer la société d'une façon utile.

Telles sont les causes qui mettent fin à une association en participation. Les unes agissent de plein droit,

les autres exigent un jugement. Une fois qu'elles sont accomplies, la société n'existe plus et l'on doit procéder au partage des résultats.

II

LIQUIDATION

Une fois dissoute, l'association en participation doit être *liquidée*. On sait que la liquidation a pour but de terminer les opérations commencées, de payer le passif et de réaliser l'actif qui sera partagé entre les associés. A partir de la dissolution, la société ne commence pas de nouvelles affaires, mais elle continue et achève celles qui sont commencées. Il s'agit d'une société en participation créée pour une ou quelques affaires déterminées, la dissolution s'opérant de plein droit, une fois les affaires terminées la liquidation consistera seulement à payer les dettes et à établir l'actif qui doit être partagé entre les coparticipants. Comme la participation ne constitue pas une personne morale, qu'elle n'a aucune existence à l'égard des tiers, sa liquidation n'intéressera pas ceux-ci, elle n'aura envers eux aucune obligation. En effet, la situation juridique de l'association en participation n'a pas changé ; elle n'a pu acquérir par sa dissolution le personnalité morale dont elle ne jouissait pas pendant son existence. Aussi quelques

auteurs (1) ont-ils prétendu qu'il ne s'agissait pas ici d'une véritable liquidation, mais plutôt d'un règlement de compte. « L'association en participation, dit M. Hou-
« pin, ne constituant pas un être moral, il n'y a pas lieu de
« procéder à la nomination d'un liquidateur proprement
« dit, agissant vis-à-vis des tiers au nom de cette asso-
« ciation après sa dissolution. C'est plutôt à un règle-
« ment de compte qu'à une liquidation qu'il convient
« de procéder. »

Il est évident qu'aux yeux des tiers le liquidateur n'existera pas, il sera, comme le gérant, inconnu d'eux et considéré comme un simple particulier; mais à l'égard des participants, il aura les mêmes pouvoirs et les mêmes obligations qu'un liquidateur d'une société ordinaire. Il devra faire tous les actes nécessaires pour établir un compte exact des résultats que les *opérations* commerciales ont fournis et dresser le bilan des profits et des pertes.

Nomination. — Ici encore les participations suivent les règles ordinaires. Tout d'abord les associés ont pu dans la convention qu'ils ont faite pour la formation de la société nommer l'un d'entre eux pour procéder à la liquidation.

La liberté des conventions leur permet de mettre dans leur contrat une clause relative à cette question. En fait ce sera presque toujours le gérant de la société

(1) VAVASSEUR, *loc. cit.*

(2) N° 273, p. 222.

qui procédera à la liquidation ; il est mieux placé que tout autre pour l'établir facilement puisqu'il est plus au courant des affaires de la Société. Mais, nous l'avons vu, dans les participations, il n'y a pas toujours un gérant. Tout étant individuel, chaque associé agit séparément. Dans ce cas, ils devront terminer chacun les opérations qu'ils ont entreprises, ce n'est que pour le compte des profits et pertes qu'ils sont associés. A la différence des autres sociétés qui ont forcément un gérant et un liquidateur, les associations en participation ne sont pas astreintes à cette règle. Elles peuvent cependant la suivre, et dans ce cas on applique les règles ordinaires, c'est-à-dire que le liquidateur comme le gérant doit être choisi par tous les associés. Or, il n'est pas indifférent que la société soit liquidée par telle ou telle personne et souvent le choix du liquidateur sera une des raisons déterminantes pour un associé de faire partie de la participation.

Le choix du liquidateur ne peut donner lieu à aucune surprise s'il est fait au moment de la formation de la société, car les associés qui n'accepteraient pas le choix du liquidateur prévu par les statuts seront toujours libres de ne pas entrer dans l'association.

Mais il peut arriver que le liquidateur nommé par les statuts ne puisse remplir ses fonctions au moment de la dissolution de la société. Il est peut-être décédé. Or, la participation a déjà fait plusieurs affaires. D'autres sont peut-être commencées mais inachevées, si la

participation a été formée pour un temps déterminé. Les intérêts de tous les associés sont en jeu. On peut alors se demander si la majorité des associés pourra imposer à tous le choix d'un nouveau liquidateur.

Nous ne le croyons pas, car c'est en somme une modification, une clause nouvelle qu'on apporte au contrat de société, les associés, dans ce cas, ne pourront que s'adresser aux tribunaux pour faire nommer un liquidateur. Un arrêt de la cour de Cassation du 10 décembre 1895 (1) a rejeté un pouvoir formé contre un arrêt de la cour d'Alger qui avait nommé un liquidateur pour la liquidation d'une association en participation.

« Attendu que, s'il n'est pas douteux en droit que
« l'association en participation n'a pas de personnalité
« civile, rien ne s'oppose, lorsqu'une société de ce genre
« a existé de fait, à ce qu'un tiers soit nommé par jus-
« tice pour procéder à un règlement de compte entre
« les participants, d'où il suit qu'en statuant ainsi
« qu'elle l'a fait par un arrêt dûment motivé d'ailleurs,
« la cour d'Alger n'a nullement violé les dispositions
« légales visées par le pourvoi. »

Il résulte de cet arrêt, non seulement que le liquidateur peut être nommé par une décision de justice, mais encore qu'il peut être pris en dehors de la société. Ce liquidateur peut être un tiers qui a seulement mandat

(1) *Journal des tribunaux de commerce*, 1896, n° 13521, p. 606. D. 1896-1-20.

de liquider les opérations faites par la participation pour que les associés puissent procéder au partage.

Pouvoirs des liquidateurs. — Les liquidateurs d'une association en participation auront des pouvoirs analogues à ceux du gérant de la société. Il est évident qu'ils ne représentent pas l'association vis-à-vis des tiers, car ils représenteraient une personne morale qui pour eux n'existe pas.

C'est à tort que la cour de Paris (24 mai 1863) a déclaré que les associés en participation pouvaient nommer un liquidateur chargé de représenter l'Association vis-à-vis des tiers (1).

Le liquidateur peut être un associé, le gérant lui-même, et il peut être convenu qu'il touchera un salaire. Les associés ont pu nommer aussi un liquidateur étranger à la Société payé par la participation. Dans l'un et l'autre cas, le liquidateur est un véritable mandataire des associés, il a tous les pouvoirs que confère le mandat, et il est tenu de toutes les obligations et de tous les devoirs du mandataire.

Enfin il peut arriver que les coparticipants qui ont fait des affaires, chacun de leur côté, se chargent de liquider ensemble l'association. Ils sont réciproquement mandataires les uns des autres et responsables les uns envers les autres.

Le liquidateur doit achever les affaires entreprises

(1) S. 1863. 3. 201. Contrat Aix, 2 mai 1871. D. 7. 2. 2.165.

pour le compte de l'association, afin d'arriver à une situation nette qui permette d'opérer le partage entre les associés, mais il doit le faire en suivant les règles directrices en matière d'association en participation. Cette société étant inconnue des tiers, il doit agir en son nom seul, il est seul responsable envers eux à l'égard de ses coassociés, il est lié par la convention qui est intervenue entre eux ou, à défaut de convention, par les règles générales que nous avons exposées en parlant des pouvoirs et des obligations du gérant.

III

PARTAGE

Les opérations de la liquidation étant achevées, on se trouve en présence d'une masse qu'il s'agit de partager. Cette masse représente les résultats poursuivis par l'association en participation. Elle pourra être active ou passive suivant que la société aura fait des spéculations heureuses ou malheureuses. Dans l'un ou l'autre cas, qu'il s'agisse de bénéfices ou de pertes, les règles seront les mêmes.

Nous nous occuperons spécialement du partage des bénéfices, car c'est le but de toute société et, s'il y a des pertes, ce n'est pour ainsi dire qu'accidentellement, lorsque les opérations entreprises n'auront pas réussi.

Nous voici donc en présence d'une masse qu'il s'agit de répartir entre tous les associés. Mais une opération s'impose tout d'abord. Le liquidateur aura réglé la situation de cette masse vis-à-vis des tiers, il aura payé les dettes qu'elle pouvait avoir contractées, il aura touché les créances qui lui étaient dues ; il s'agit de régulariser la situation envers les associés afin de la dégager de toutes les charges qu'elle pourrait avoir acquittées.

Dans toute société, en effet, les associés doivent, avant tout partage, prélever les sommes dont elle pourrait être débitrice envers eux. Il en sera de même dans la participation. Dans les sociétés ordinaires, le droit des associés n'est qu'un droit de créance, l'être moral formé par toute société commerciale est propriétaire des mises. Dans la participation, au contraire, les apports restent la propriété individuelle des associés : ils auront donc le droit de les reprendre avant tout partage. Qu'il s'agisse d'un immeuble, d'un bien et d'une chose déterminée dont la propriété n'a pas été transférée au gérant, l'associé qui a prescrit cet apport doit le reprendre en nature. S'il s'agissait au contraire d'une somme d'argent ou de choses qui se consomment par l'usage, le gérant en devient propriétaire. L'associé n'aurait alors qu'un droit de créance pour se faire rembourser le montant de sa mise.

Telle est la première opération à effectuer après la liquidation. Il faut détacher de l'actif de la société tous

les biens qui ne lui appartiennent pas, toutes les sommes dont elle est débitrice, pour ne laisser dans la masse sociale que les bénéfices proprement dits. C'est alors qu'on pourra procéder au partage.

L'article 1872 du Code civil nous dit que le partage des sociétés suit les mêmes règles que le partage des successions. Il faudra donc appliquer les règles du Code civil toutes les fois qu'elles ne seront pas en contradiction avec les règles admises en matière de société ou avec la convention que les parties auront faite entre elles.

On devra d'abord former autant de lots qu'il y a d'associés, mais ces lots ne devront pas être forcément égaux. Chaque associé a droit à une part des bénéfices proportionnelle à la mise. La liberté des conventions permet encore de déroger à cette règle et les participants peuvent décider que leur part pourra être fixe ou pourra être de telle ou telle proportion qu'ils jugeront à propos.

Pourrait-il être convenu que les participants ne seront tenus des dettes que jusqu'à concurrence de leurs mises? Rien n'empêcherait une telle convention; mais, à moins de clause contraire, les associés seront tenus des dettes sur tous leurs biens, au *prorata* de leurs mises. C'était la doctrine déjà admise dans l'ancien droit français (1).

(1) POTHIER. — *Traité des Sociétés*, n°s 63, 101.

Les auteurs italiens, au contraire, confondant la commandite et l'association en participation enseignaient que les coparticipants ne devront être tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports (1).

Pourvu qu'ils participent tous aux bénéfices ou aux pertes, pourvu qu'il n'y ait pas une société lésionnaire, ils ont toute liberté pour fixer le montant de leur part dans les bénéfices.

Le partage a lieu en nature toutes les fois que cela est possible et les lots sont attribués à chaque associé par le tirage au sort à moins qu'ils ne s'entendent entre eux pour prendre la part qui leur convient le mieux. Mais s'il s'élevait des contestations soit pour l'évaluation des biens à partager, soit pour la formation des lots, les associés pourraient avoir recours à un partage judiciaire, ou bien vendre d'un commun accord les biens de la société, les sommes d'argent étant plus facilement partageables.

Un des effets du partage est de rendre chaque associé propriétaire de sa part du jour où le bien qui lui est échu est entré dans l'indivision. Cet effet est applicable aux associations en participation, mais il s'agit de déterminer à partir de quel moment les biens sont indivis entre les associés. Lorsque la convention qui est intervenue entre les participants pour former leur société décide que tous les biens apportés ou

(1) CASARÉGIS. — Disc. 39. Rote de Gênes Decis, 46.

acquis seront indivis entre eux, il n'y a aucune difficulté ; chaque associé après son partage sera considéré comme propriétaire des objets qui lui sont attribués du jour où ils seront entrés dans la société. Mais si les associés ne se sont pas expliqués sur ce point l'indivision ne remonte qu'au jour de la liquidation. Nous l'avons répété déjà plusieurs fois : tout est individuel, dans les associations en participation le gérant agit en son nom, il est propriétaire des choses qu'il achète pour le compte de la société ce n'est donc qu'une fois la société liquidée que la masse se trouve indivise entre les associés. C'est donc à ce moment qu'il faudra se placer pour apprécier les titres de propriété de chaque associé, puisque c'est seulement à partir de la liquidation qu'il doit être considéré comme propriétaire des objets ou des biens qui lui sont échus dans le partage de la société.

Les associations en participation suivent donc les règles ordinaires en matière de partage : c'est du reste à ce moment qu'elles peuvent être considérées comme de véritables sociétés. Leur but est de réaliser des bénéfices en suivant des règles spéciales, mais une fois ce but atteint elles procèdent au partage entre associés conformément aux règles prescrites par la loi pour le partage de toute société quelle qu'elle soit.

APPENDICE

DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Il ne nous reste plus, pour compléter cette étude, qu'à rechercher quel est le sort des associations en participation dans les législations étrangères. Bien qu'elles soient à peu près universellement répandues, dans le monde entier, il n'y a que peu de pays qui aient dans leur législation des dispositions spéciales pour ces espèces de société. Nous allons voir comment les législateurs étrangers ont envisagé la participation et quelles sont les différences qui existent entre les participations françaises et étrangères.

Allemagne

Le Code de commerce allemand de 1861, distinguait la société tacite et la société pour faire en compte commun des opérations isolées. Ces deux espèces de société faisaient l'objet d'un livre spécial, (livre III du Code de commerce allemand), tandis que les autres sociétés étaient traitées dans le Livre II du même code.

L'art. 250 de ce code appelle société muette, société tacite, celle dans laquelle une personne apporte des fonds à un commerçant pour qu'ils soient employés dans ses opérations commerciales et que le bailleur ait une part dans les bénéfices. Cette espèce de société ressemble à nos associations en participation en ce sens qu'elles étaient occultes et le gérant seul était responsable, mais aussi il pouvait seul agir, les autres associés étaient en quelque sorte dans la même condition que le sont les commanditaires français s'ils s'immisçaient dans la gestion de la société, ils étaient solidairement responsables avec le gérant.

La deuxième espèce de société, appelée société d'occasion, existait lorsque plusieurs associés se réunissaient pour faire des actes de commerce isolés. C'est bien là notre véritable participation française, elle en a tous les caractères et tous les effets, elle ne forme pas une personne morale, chaque associé est responsable de ses actes, pas de publicité, pas de formalité.

Quant à la raison sociale, la participation allemande n'en a pas de spéciale, tous les commerçants allemands ayant une raison sociale, ils ne peuvent pas en avoir une spéciale pour leur société, chaque commerçant agit sous sa propre raison sociale sans pouvoir les réunir pour traiter les affaires de la société, car alors ils seraient tous responsables.

Le Code de commerce n'a pas reproduit un chapitre spécial pour les associations en participation, il traite

des sociétés muettes dans le chapitre V du livre sur les sociétés et reproduit les dispositions du Code de 1861, mais il ne parle plus des sociétés d'occasion, il faut donc s'en rapporter aux principes généraux et à l'ancienne législation sur cette matière.

Angleterre.

Les associations en participation n'existent pas en Angleterre et les commerçants qui s'associent tacitement pour faire des opérations commerciales ne sont pas protégés par la loi. Si les tiers peuvent prouver la société, s'ils démontrent que les actes faits par le gérant sont faits pour le compte de plusieurs commerçants associés, ils sont tous tenus solidairement comme ils le seraient dans une société en nom collectif.

Pour atténuer la rigueur de ce principe, une loi de 1886 qui a pour titre « loi modifiant la législation sur les sociétés », admet des exceptions en faveur des employés intéressés dans les bénéfices et de certains créanciers. Les employés ne peuvent pas être engagés par les actes de leur patron. Quand bien même on pourrait prouver qu'ils ont une part dans les bénéfices, ils ne doivent pas être considérés comme associés. Il en serait de même de certains créanciers. Un prêteur qui a fourni des fonds à un commerçant et qui a une part dans les bénéfices n'est pas non plus un associé, il est un créancier d'une nature spéciale en ce sens qu'il

passé après tous les autres créanciers. C'est, en somme, une situation intermédiaire que lui fait la loi anglaise : il n'est pas associé pour supporter la responsabilité des actes du gérant, mais il est considéré comme tel pour le partage des bénéfices, car il ne vient, comme les associés, qu'après toutes les charges de la société liquidées.

Belgique.

Le Code belge fait une distinction entre les associations momentanées et les associations en participation. Les premières ont lieu lorsque plusieurs commerçants s'associent pour faire des actes passagers, par exemple pour acheter des bestiaux, nous dit Deloison. Aucune publicité n'est exigée, mais cependant le fait d'agir pour un but commun rend tous les associés solidairement responsables.

Dans les autres sociétés où le bailleur de fonds ne fait que s'intéresser aux opérations d'un ou de plusieurs commerçants, les associations en participation ont alors les mêmes caractères et les mêmes effets qu'en France.

Espagne.

Le Code espagnol permet aux commerçants d'avoir des intérêts dans des opérations faites par d'autres com-

merçants, mais, comme en France, il n'y a pas de publicité, pas de formalités requises. Les actes du gérant n'engagent que lui seul et non les autres associés.

Il y a cependant une disposition de la loi que nous n'avons pas dans notre code français. Les associations en participation espagnoles doivent être liquidées par l'associé gérant.

Il semble du reste résulter des dispositions de la loi que les associations en participation doivent toujours être administrées par un gérant, chaque associé ne pouvant pas agir isolément.

Hongrie.

Il y a peu de différences entre les associations en participation régies par le code hongrois et les nôtres. En principe, il faut cependant que les apports soient égaux et que chaque associé ait une part égale dans le partage des résultats, qu'il y ait des pertes ou des bénéfices. La liberté des conventions permet de déroger à cette règle. Mais, à défaut d'entente entre les associés, l'égalité la plus complète doit exister entre eux.

Italie.

La législation en matière d'association en participation est plus précise en Italie qu'en France. Le code dit nettement qu'elles peuvent être formées pour toute

espèce d'opérations commerciales et même pour tout un commerce général. Il n'y a qu'une seule formalité exigée, il faut un écrit mais pas de publicité, pas de personnalité morale, pas de raison sociale.

Le gérant est seul obligé envers les tiers, il est propriétaire des apports quels qu'ils soient. Les associés ne restent pas comme en France propriétaires de leur mise et, à moins de convention contraire, ils ne peuvent pas reprendre leurs apports en nature. Tout le fonds social doit être partagé entre les associés.

Le code *roumain* reproduit les dispositions de la loi italienne, et ces deux codes ont, comme en Angleterre, un article spécial pour les employés intéressés dans les bénéfices. Ils ne sont pas considérés comme associés. « La participation aux bénéfices accordée aux employés
« ou à d'autres personnes qui dépendent d'une société
« pour la rémunération totale ou partielle de leurs
« services ne leur attribue pas par elle seule la qualité d'associés. » (Art. 86 du code italien et 97 du code roumain.

Portugal.

L'association en participation est considérée ici comme une véritable société, car elle est comprise dans l'énumération que le code donne des sociétés commerciales permises. Il y a même deux espèces d'associations en participation. La première, qui peut avoir pour objet

les opérations commerciales quelles qu'elle soient, et l'autre, qui n'est relative qu'aux armements et aux opérations maritimes. Elles suivent les mêmes règles qu'en France en ce qui concerne leur formation, leurs effets, leur mode de fonctionnement. Les pouvoirs du gérant sont les mêmes, il a la même responsabilité que dans les participations françaises. Il n'y a qu'une seule différence, c'est que la loi portugaise ne permet pas à un non-commerçant d'être gérant d'une participation. Cette disposition n'existe pas dans notre code et n'importe quel individu peut gérer une association en participation.

CONCLUSION

Nous venons d'étudier dans leur ensemble les associations en participation. Nous avons vu quels sont leurs caractères quelle est leur forme, leur mode de fonctionnement, la façon dont elles prennent fin. Il nous est maintenant facile de déduire tous les avantages qui en découlent.

De telles sociétés rendent d'importants services au commerce. L'initiative privée de chaque individu est souvent insuffisante pour mener à bien de grandes entreprises, de grandes opérations commerciales. Il lui faut s'adjoindre des associés qui la seconderont. Un seul commerçant ne peut pas accomplir des actes multiples, il a besoin soit de collaborateurs soit de capitaux. Les sociétés lui permettent de trouver l'un et l'autre. Mais la participation a cet avantage sur les autres sociétés réglementées par le Code civil et le Code de commerce que n'exigeant aucune formalité ni

pour la formation ni pour la preuve, elle se constitue avec beaucoup plus de facilité. Un commerçant n'a souvent pas le temps de constituer une véritable société. L'opération commerciale doit être promptement faite pour être fructueuse : il lui faut sur-le-champ soit des capitaux soit des collaborateurs, la participation lui permet d'en trouver immédiatement.

Les associations en participation permettent encore aux capitalistes de faire fructifier leur argent sans pour cela être considérés comme faisant partie d'une société commerciale. Etant tenue secrète entre associés, les tiers ne connaîtront jamais que le commerçant avec lequel ils traitent.

La liberté des conventions, qui est le grand principe directeur en cette matière, permet encore aux associés de s'affranchir des règles directes exigées pour les autres sociétés. Ils peuvent régler les clauses de leur association comme bon leur semble quant à leur part dans les pertes, dans les bénéfices, quant à leur responsabilité et quant à leur rôle dans la gestion de la société qu'ils veulent former.

La rapidité de sa formation, la facilité de la preuve due à l'absence de toutes formalités exigées pour les autres sociétés, la latitude qui est laissée aux commerçants pour insérer dans la convention qui forme l'association en participation toutes les clauses qui leurs paraissent utiles : tels sont les grands avantages que présente cette espèce de société.

Tout ce que l'on peut reprocher au Code de commerce c'est de n'avoir pas assez précisé et même d'avoir souvent passé sous silence les caractères et les effets de ces sociétés. Il serait bon qu'une loi intervînt pour fixer d'une façon définitive tous les points contestés de cette matière, indiquant ce qu'il faut entendre par association en participation, quels ordres commerciaux peuvent en faire l'objet et quel est son véritable caractère.

Si une pareille réforme était opérée, les associations en participation deviendraient encore plus fréquentes et surtout plus efficaces, car elle supprimerait toutes les contestations qui s'élèvent en cette matière et qui sont laissées à l'appréciation des tribunaux.

Vu : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
D. DANJON

Vu : LE DOYEN
VILLEY

Vu et permis d'imprimer :
LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE CAEN
ZEVORT

TABLE DES MATIÈRES

HISTORIQUE.....	Pages 1
-----------------	------------

CHAPITRE I

CARACTÈRES.....	13
-----------------	----

Section première.

EST-CE UNE SOCIÉTÉ.....	13
-------------------------	----

Section deuxième.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX.....	21
a) <i>Consentement</i>	22
b) <i>Capacité</i>	27
c) <i>Objet</i>	28
d) <i>Cause</i>	30
e) <i>Apport</i>	30
f) <i>Intention de réaliser des bénéfices</i>	35

Section troisième.

CARACTÈRES PARTICULIERS	36
a) <i>Véritable caractère</i>	37
b) <i>Raison sociale</i>	48
c) <i>Siège social</i>	49
d) <i>Personne morale</i>	50

CHAPITRE II

FORMES. PREUVES

Section première.

FORMES	57
--------------	----

Section deuxième.

PREUVES. LIVRES. CORRESPONDANCES. PREUVE TESTIMONIALE. ECRITE. AVEU. SERMENT.....	65
---	----

CHAPITRE III

EFFETS	75
--------------	----

Section première.

ENTRE ASSOCIÉS.....	76
a) <i>Quant à l'apport</i>	80
b) <i>Quant à la propriété des mises. Conséquences</i> (Perte de la chose, liberté de disposer, faillite)	80
c) <i>Quant à la gestion</i>	91

Section deuxième

A L'ÉGARD DES TIERS.....	109
--------------------------	-----

CHAPITRE IV

DISSOLUTION. LIQUIDATION. PARTAGE.....	125
--	-----

Section première.

DISSOLUTION (<i>Causes</i>).....	125
§ I. — Causes qui agissent de plein droit.....	126
§ II. — Causes de dissolution purement facultatives.....	137
§ III. — Dissolution judiciaire.....	139

Section deuxième.

LIQUIDATION. (<i>Nomination. Pouvoirs des liquidateurs</i>).....	141
--	-----

Section troisième.

PARTAGE.....	146
APPENDICE. LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.....	151
<i>Allemagne. Angleterre. Belgique. Espagne. Hongrie. Ita-</i> <i>lie. Portugal</i>	
CONCLUSION.....	158

IMPRIMERIE F. DEVERDUN, BUZANÇAIS (INDRE)



BUZANÇAIS (INDRE) — IMPRIMERIE F. DEVERDUN
